Göttinger Juristische Schriften

Jörg-Martin Jehle, Volker Lipp, Keiichi Yamanaka (Hg.)

Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht

Zweites Rechtswissenschaftliches Symposion Göttingen – Kansai

ドイツ法と日本法における継受と改革



Universitätsverlag Göttingen

Jörg-Martin Jehle, Volker Lipp, Keiichi Yamanaka (Hg.)
Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht



Erschienen als Band 2 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2008

Jörg-Martin Jehle, Volker Lipp,
Keiichi Yamanaka (Hg.)

Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht

Göttinger Juristische Schriften,
Band 2



Universitätsverlag Göttingen
2008

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe
Juristische Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
D-37073 Göttingen
http://jura.uni-goettingen.de

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-938616-81-9
ISSN: 1864-2128

Vorwort der Herausgeber

Mit Beginn der sog. Meiji-Periode am Ende des 19. Jahrhunderts ist Japan in eine umfassende Modernisierungsphase eingetreten und hat dabei vornehmlich nach Modellen aus westlichen Gesellschaften Ausschau gehalten. Bei der Modernisierung des Rechts kam Deutschland – das als „späte" Nation am Ende des 19. Jahrhunderts eine nationale Kodifizierungsphase durchlief – eine wichtige Rolle zu. Das neu geschaffene japanische Recht orientierte sich stark an deutschen Vorbildern, ja übernahm zum Teil den Gesetzestext, wie z.B. den des Strafgesetzbuchs. Dies schuf in der Rechtswissenschaft eine lange Tradition deutsch-japanischen Austauschs, die auch heute noch lebendig ist.

An diese Tradition knüpft das Symposion an, dessen Vorträge mit diesem Band der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Unter dem Leitthema „Rezeption und Reform im deutschen und japanischen Recht" wird die Fragestellung untersucht, was heute an gemeinsamem Bestand überdauert hat und was angesichts der Reformerfordernisse in Zukunft bestehen bleiben kann. Dabei ist genauer zu analysieren,

a) inwieweit die jeweiligen Rechtsordnungen ursprünglich übereingestimmt haben,
b) ob und inwieweit sich in den letzten Jahrzehnten Divergenzen ergeben haben,
c) welche derzeitigen Reformerfordernisse bestehen und
d) in welche Richtung die Lösungsansätze weisen.

Darüber hinaus ist stets zu reflektieren, inwieweit die Rezeption aus anderen Rechtskreisen, wie z.B. dem angloamerikanischen Recht, die Entwicklung mitbestimmt.

Der Band gliedert sich in fünf Abteilungen, in denen exemplarisch Rezeptions- und Reformprozesse untersucht werden: Im Zivilrecht fragt Christiane Wendehorst, was im 21. Jahrhundert von der Rezeption deutschen Zivilrechts in den ostasiatischen Ländern übrig bleibt, und Motonobu Goto stellt das Gesellschafts- und Vereinssystem im japanischen Privatrecht unter Berücksichtigung deutscher

Einflüsse dar. Zum Wirtschaftsrecht präsentiert Alexander Bruns eine Skizze internationaler Reformeinflüsse im deutschen Privat- und Wirtschaftsrecht; die beiden Beiträge von Toshimitsu Kitagawa und Gerald Spindler zeigen auf, dass in diesem Bereich insbesondere U.S.-amerikanische und europäische Gesetzgebung zunehmend bedeutsam wird. In der Abteilung Zivilprozessrecht befasst sich Martin Ahrens mit der deutschen Entwicklung zur einvernehmlichen Streitbeilegung, und Kazuhiro Koshiyama wendet sich der Beweisbeschaffung vor Klagerhebung nach japanischem Recht zu. Die öffentlich-rechtliche Abteilung behandelt Fragen des Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts und des Staatsrechts. Werner Heun untersucht die Rezeption des Gleichheitssatzes amerikanischer Provenienz in Deutschland. Welchen Einfluss das deutsche Recht auf den japanischen Verwaltungsprozess gehabt hat, ist Gegenstand des Beitrags von Mitsuru Noro. Aus verwaltungsrechtlicher Sicht zeigt Thomas Mann Grundprobleme einer Rezeption ökonomischer Instrumente im Umweltrecht auf. Schließlich widmet sich die umfangreichste Abteilung dem Strafrecht und Strafprozessrecht. Keiichi Yamanaka analysiert die Wandlungen der japanischen Strafrechtsdogmatik, geprägt von der Auseinandersetzung mit deutschen Theorien, und Rikizo Kuzuhara untersucht die Rezeption deutscher Strafrechtdogmatik am Beispiel der japanischen Notstandsvorschrift. Bezogen auf das deutsche Recht befasst sich Gunnar Duttge mit einer zentralen Rechtsfigur, dem personalen Unrecht, und seiner Entwicklung. Unter europäisch-vergleichender Perspektive stellt Jörg-Martin Jehle die Bedeutung außergerichtlicher Erledigung von Strafverfahren in rechtlicher wie rechtstatsächlicher Sicht dar. Kai Ambos behandelt die Implementation des Statuts des Internationalen Gerichtshofs in Deutschland. Anschließend berichtet Yuri Yamanaka über das Gesetz der medizinischen Beobachtung gegenüber psychisch kranken Tätern in Japan.

Den Abschluss des Bandes bildet ein Thema, das für die weitere Kooperation japanischer und deutscher rechtswissenschaftlicher Fakultäten von großer Bedeutung sein dürfte: Keiichi Yamanaka schildert die Juristenausbildung in den neuen Law Schools japanischer Art, und Peter-Tobias Stoll behandelt die reformierte Juristenausbildung an deutschen Universitäten.

Grundlage des vorliegenden Bandes bildet eine Tagung, die als Zweites Rechtswissenschaftliches Symposion Göttingen – Kansai vom 10. bis 13. September 2006 in Göttingen unter maßgeblicher Beteiligung von rechtswissenschaftlichen Kollegen der Kansai-Universität Osaka und der Georg-August-Universität Göttingen abgehalten wurde. Dieses Symposion konnte an eine bewährte Zusammenarbeit zwischen den beiden Universitäten und insbesondere zwischen ihren rechtswissenschaftlichen Fakultäten anknüpfen. Vom 8. bis 15. März 2002 hatte in Osaka bereits das Erste Rechtswissenschaftliche Symposion stattgefunden, an dem Vertreter der dortigen Fakultät, Gäste aus anderen japanischen Universitäten sowie sechs Kollegen der Göttinger Fakultät teilgenommen hatten. Unter dem Titel „Neue Herausforderungen für Recht und Rechtswissenschaft“ waren allgemeine Fragen der Studienreform und der Reform der Gerichtsbarkeit

erörtert sowie spezielle Fragen aus den Bereichen des internationalen Wirtschaftsrechts, des internationalen Strafrechts und des Medizinrechts behandelt worden. Die Beiträge des Ersten Symposions sind dokumentiert in der Zeitschrift für japanisches Recht 2002 sowie in verschiedenen japanischen Publikationsorganen.

Die Herausgeber haben zu danken: den Kolleginnen und Kollegen, die bereit waren, ihre Vorträge für die Drucklegung zu bearbeiten; den Tagungsteilnehmern für die lebhafte Diskussion; der Kansai-Universität Osaka sowie der Juristischen Fakultät und dem Universitätsbund Göttingen für ihre finanzielle Unterstützung; und schließlich Frau Heinze sowie Herren stud. iur. Tim Krause und stud. iur. Sebastian Recker für Layout-Arbeiten und die Fertigung des elektronischen Satzes.

Es ist zu hoffen, dass Symposion und Tagungsband dazu beitragen, die Zusammenarbeit zwischen den Rechtswissenschaftlern der Kansai-Universität und der Georg-August Universität in freundschaftlichem Geist weiterzuentwickeln und zu vertiefen.

Göttingen, Osaka Jörg-Martin Jehle, Volker Lipp, Keiichi Yamanaka
Im Oktober 2007

Inhalt

F. Übergreifende Fragen der Reform der Juristenausbildung in Japan und Deutschland

Grußwort des Vizepräsidenten

Sehr verehrter, lieber Herr Yamanaka, lieber Herr Jehle,

ich begrüße Sie beide zuerst, weil wir Ihnen und Ihrer besonderen Tatkraft diese ausgesprochen schöne Kooperation zwischen Osaka und Göttingen bzw. Japan und Deutschland zu verdanken haben.
Meine sehr verehrten Damen und sehr geehrten Herren!
Es ist mir als Vizepräsident der Georg-August-Universität eine besondere Ehre und Freude, sie hier in Göttingen, in unserer Universität, hier im schönen Senatssitzungssaal, willkommen heißen zu dürfen.
Sowie vor allem: liebe japanischen Gäste und Freunde,
als Mitglied der Juristischen Fakultät freue ich mich ganz besonders, dass wir an die schönen Erlebnisse an der Kansai-Universität anknüpfen und uns heute an der Georg-August-Universität wiedersehen.

Ich wollte es mir trotz meines engen Terminkalenders, der das Amt leider mit sich bringt, nicht nehmen lassen, Sie persönlich zu begrüßen. Ich tue das für das Präsidium der Universität und soll ganz ausdrücklich vom Präsidenten beste Grüße übermitteln. Ich tue das indes vor allem als Fakultätsmitglied und Kansaireisender, der die große japanische Gastfreundschaft erfahren durfte und sich immer wieder gerne noch daran zurückerinnert. Von daher trifft es mich besonders, dass es mir terminlich leider unmöglich ist, am wissenschaftlichen Programm selbst dauernd teilzunehmen. Ich hoffe trotz allem auf Verständnis und Entschuldigung von Ihrer Seite aus.

„Rezeption und Reform", so lautet das anspruchsvolle Generalthema. Es ist gewiss ein Thema, das die deutsche Rechtswissenschaft in allen ihren Disziplinen breit beschäftigt, gewissermaßen ein „Dauerthema", das die Brücke schlägt von der Vergangenheit zur Gegenwart, vom Partikularrecht zum Einheitsrecht, von Deutschland nach Europa und Fernost. Das breit gefächerte Programm zeigt, wie

viele rechtsvergleichende Facetten sich hierhinter konkret verbergen, es bringt Materiellrechtler und Prozessualisten, Zivil-, Straf- und Öffentlichrechtler, aber eben auch Deutsche und Japaner zusammen und in die Diskussion. Davon erhoffe ich mir breiten wissenschaftlichen Ertrag! Aber ich will die – sicherlich sehr intensive – Arbeit der folgenden drei Tage nicht am Tagungsbeginn schon vorwegnehmen...

Lassen Sie mich daher einen völlig anderen Aspekt betonen. Ich finde es wichtig und richtig, dass wir die traditionell guten Beziehungen zwischen Japan und Deutschland auf diese Weise fortsetzen und verfestigen. Die Rezeption deutschen Rechts in Japan hat dafür ein bleibendes Fundament geschaffen, deutsches wie japanisches Recht steht gegenwärtig aber unter großem Reformdruck – und dann macht es guten Sinn, den gemeinsamen Wurzeln nachzuspüren. Wichtig ist hierbei der unmittelbare und persönliche Kontakt der maßgebenden Wissenschaftler untereinander, das Verständnis füreinander und letztendlich das Arbeiten miteinander. Moderne Kommunikationsformen wie e-mail-Verkehr oder Videokonferenz können diese wichtige Mittlerrolle niemals total übernehmen. Es ist auch gut so! Denn Wissenschaft lebt von den Personen, die sie betreiben.

Und dazu kommt noch der „Außendruck“ angloamerikanischer Vorstellungen, dem sich deutsche wie japanische Rechtsordnung gegenwärtig gegenübersehen. Hier ist es bereits die Sprache, die mancherlei Wettbewerbsvorteile verschafft, zumal doch das allgegenwärtige Englisch zwischenzeitlich fast gänzlich nun bereits die Oberhand hält. Wir dürfen uns mithin glücklich schätzen, eine beachtlich stattliche Zahl japanischer Kollegen hier zu haben, welche Deutsch sprechen. Ich betrachte das als besondere Fügung, und die deutsche Politik würde gut tun daran, solche Veranstaltungen kräftig zu fördern. Ich wünsche mir deshalb, dass sich die Reihe unserer Symposien weiter fortsetzt, dass wir mit diesem Gegenbesuch den Grundstein für eine dauerhafte fruchtbringende Kooperation heute gelegt haben.

Den hierzu nötigen, würdigen Rahmen stellt die Universität gerne. Sie tut das nicht ganz ohne Stolz – gilt doch dieses Aulagebäude hier als der Gipfelpunkt Göttinger (Universitäts-) Architektur. Sie haben sich – nicht ohne Grund – die nüchterne Konferenz- und Arbeitsatmosphäre im Juridicum vorerst noch einmal aufgespart und beginnen wohlweislich die Arbeit im klassizistisch-antikisierenden Aulagebäude und seinem wirklich wunderschönen Senatssaal. Sie sind die Außentreppen hochgestiegen, haben die Vorhalle betreten und mögen dort schon ein erstes Raumgefühl empfunden haben; sie sind dann über die Innentreppe ins Obergeschoß gelangt: Vorhalle, querliegend die kleine Aula und dann der Festsaal mit der Königswand – Anlass des Bauwerks und sicherlich architektonischer Höhepunkt. Aber halt, damit nähme ich jetzt schon die Zeit nach der heutigen Kaffeepause vorweg, die erst für jene fach-kundige Aulaführung reserviert ist. Sie haben nämlich zuvor pflichtgemäß haltgemacht in der kleinen Aula, welche uns heute als Konferenzort dient. Ich erhoffe und wünsche mir, dass Sie das intensive Raumerlebnis inspiriert und nicht gar am Ende ablenkt vom scharfen Denken, von tiefsinniger Diskussion und intensiver Konzentration.

Um jeder kleinsten Gefährdung oder Versuchung vorzubeugen, versage ich mir nähere baugeschichtliche und kunsthistorische Angaben und begnüge mich nüchtern mit dem Hinweis auf zwei Jahreszahlen: 1837 zur Säkularfeier wurde das Gebäude fertig gestellt, mitten in der unruhigen Zeit der Göttinger Sieben; 1987 zum Fest der 250-jährigen Universitätsgründung ist dann die Aula völlig total-renoviert worden, so dass sie sich ihnen jetzt in diesem Glanze zeigen kann. Nur noch ein kleines Detail am Rande: ich meine die Skulpturen im Giebeldreieck der Außenfassade, die einem eventuell sonst entgehen. Die Giebelplastik zeigt in der Mitte den Genius der Wissenschaft. Ihm sind die vier Fakultäten an die Seite gestellt, von links nach rechts: Medizin, Theologie, Jurisprudenz und Philosophie. Und wenn man recht sieht auf die recht große Entfernung, fehlt der Justitia die sonst übliche Augenbinde!

Ich hoffe, das dichtgedrängte Arbeitsprogramm lässt trotz allem etwas Zeit, Universität und Stadt „touristisch“ näher kennenzulernen. Es lohnt sich gewiss. Ich empfehle den Marktplatz mitsamt dem Rathaus und dem Gänselieselbrunnen. Er ist eine besondere Göttinger Eigenheit, die weltbekannt ist und Stadt und Universität letztlich symbolisch verbindet: die Doktoranden und Doktorandinnen ziehen nach erfolgter Promotion zum Brunnen, müssen das Wasser überwinden, dem Gänseliesel Blumen in den Korb legen und dieses dann küssen – und erst danach gilt die Promotion als quasi richtig vollzogen. Zu nennen wären weiter Bismarckhäuschen, Sternwarte, Paulinerkirche etc. etc.

Wie aber schon vorher beiläufig gesagt:
derartige touristische Vergnügung gestattet der durch die Regie vorgegebene, anspruchsvolle Arbeitsplan nur in den engsten zeitlichen Grenzen. Dennoch bleibt Ihnen sicher etwas Zeit. Ich wünsche Ihnen deshalb einerseits gutes Gelingen und interessante Präsentationen mit ertragreichen Diskussionen, andererseits aber vielfältige neue Eindrücke, so wie ich sie auch zuvor aus Japan selbst mitnehmen konnte. Damit räume den Platz jetzt endgültig für Herrn Lipp als Dekan der Juristischen Fakultät für seine Begrüßung.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Prof. Dr. Joachim Münch

A. Rezeption und Reform im Zivilrecht

Rezeption deutschen Zivilrechts – Was bleibt übrig im 21. Jahrhundert?

Christiane C. Wendehorst

1 Einführung

Als ich Anfang dieses Jahres in Tokio war um auf einer medizinrechtlichen Tagung zu sprechen, wurde ich liebenswürdigerweise von zwei japanischen Kollegen vom Flughafen Narita abgeholt. Es entspann sich ein Gespräch. Natürlich in perfektem Deutsch. Man unterrichtete sich gegenseitig über die Arbeitsgebiete. Etwas mitleidsvoll erklärte mir mein Gegenüber, in meinem Bereich, dem Zivilrecht, gebe es in Japan wohl kaum Berührungspunkte mit Deutschland, da orientiere sich doch alles an den U.S.A. Auf derartige Schocksituationen war ich nicht vorbereitet. Ich fragte vorsichtig weiter: Sei da nicht, gerade im Zivilrecht, eine gewisse … Rezeption … erfolgt? Er winkte ab: Nein, das sei praktisch alles amerikanisches Recht, und wenn europäisches, dann nicht unbedingt deutsches. Mir schoss durch den Kopf, was ich über die Gemeinsamkeiten zwischen deutschem und japanischem Zivilrecht wusste, und dass Arminjon, Nolde und Wolff in ihrem berühmten *Traité de droit comparé* japanisches Recht charakterisierten als „deutsches Recht im Fernen Osten".[1] Entgegen aller Gebote der Höflichkeit bohrte ich weiter: Aber sei denn da nicht, vor ungefähr 110 Jahren …? Ach so, meinte er, das. Ja, möglicherweise gebe es in ganz engen Gebieten, wie dem Vertragsrecht, noch ein paar Gemeinsamkeiten, aber große Bedeutung habe dies heute nicht mehr.

---

[1] *Arminjon/Nolde/Wolff*, Traité de droit comparé, Band II, Paris 1950, Nr. 613 (S. 427, 428).

Dieses Erlebnis will mir nicht aus der Erinnerung gehen. Soll ich mich mit dem Gedanken trösten, dass der Kollege dem Öffentlichen Recht angehörte? Oder beschrieb er eben nur die Realität, während ich mich in Illusionen über die Bedeutung der eigenen Zivilrechtsordnung wiegte? Wie viel bleibt von der Rezeption deutschen Zivilrechts im 21. Jahrhundert übrig?

2 Rezeption deutschen Zivilrechts im 19. und 20. Jahrhundert

2.1 Japan

In Japan, das sich Jahrhunderte lang eher an China ausgerichtet hatte, begann in der Meiji-Ära seit 1868 eine Verwestlichung des Rechts.[2] Sie wurde eingeleitet, um eine Revision der so genannten ungleichen Staatsverträge zu erreichen, die als nationale Demütigung empfunden wurden.[3] Dies war nach Überzeugung der politischen Führung Japans nur dann möglich, wenn die daran beteiligten ausländischen Staaten – USA, England, Russland, Frankreich und die Niederlande – Japan als einen gleichberechtigt souveränen Partner akzeptierten, wozu auch das Rechtssystem westlichen Maßstäben angepasst sein musste.[4] Seit 1869 wurden französische Gesetzbücher unter Mithilfe ausländischer Rechtswissenschaftler übersetzt. Der 1878 vorgelegte Entwurf eines Japanischen BGB scheiterte, weil er im Wesentlichen eine schlechte Übersetzung des Code civil darstellte.[5] Im Jahre 1880 wurde eine neue Gesetzgebungskommission gebildet. Ihr gehörte insbesondere der französische Jurist Gustave Boissonade an, der schon 1873 in den Dienst der japanischen Regierung getreten war.[6] Das Projekt eines Zivilgesetzbuchs von Boissonade wurde mehrfach überarbeitet und im Jahre 1891 schließlich angenommen. Sein In-Kraft-Treten wurde freilich vertagt, weil sich von verschiedenen Seiten Opposition regte. Kritisiert wurden unter anderem die starke Orientierung am französischen Recht und die fehlende Auseinandersetzung mit

---

[2] *Rahn*, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, München 1990, S. 69 und 82; *Katz*, in: *Katz* (Hrsg.), Legal Traditions and Systems. An International Handbook, Westport Connecticut 1986, S. 171; *Noda*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I National Reports, J-12.

[3] *David/Brierley,* Major Legal Systems in the World today, 3. Aufl. London 1985, 499 (S. 539); *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996, § 21 I (S. 291); *Rahn* (Fn. 2), S. 81; *Yamada*, Der Einfluss des römischen Rechts auf das japanische Zivilrecht über das deutsche und französische Recht im Bereich des Obligationenrechts, in: *Kunig/Nagata* (Hrsg.), Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog, S. 111.

[4] *Rahn* (Fn. 2), S. 81, 82; *Ebert*, Rechtsvergleichung, Bern 1978, S. 115.

[5] *Rahn* (Fn. 2), S. 82 – 84; *Lee*, Die Rezeption des europäischen Zivilrechts in Ostasien, ZVglRWiss 86 (1987), S. 158, 160; *Kitagawa*, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, Frankfurt a.M., Berlin 1970, S. 30; *Ruete*, Der Einfluß des abendländischen Rechts auf die Rechtsgestaltung in Japan und China, Bonn 1940, S. 80; *Sanders,* Die japanische Rezeption europäischen Zivilrechts - Ein Modell für die europäische Rechtsvereinheitlichung?, ZEuP 2002, S. 96, 103.

[6] *Kitagawa* (Fn. 5), S. 30, 31; *Schnitzer*, Vergleichende Rechtslehre, Band I, 2. Aufl. Basel 1961, S. 375; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 21 I (S. 291); *Rahn* (Fn. 2), S. 91, 92.

dem englischen und deutschen Recht.[7] Insbesondere in den Vorarbeiten zum BGB sah man dagegen einen modernen Kodifikationsentwurf, der für Japan durchaus Vorbild sein konnte. Daher wurde *de facto* ein neues Gesetzbuch verfasst, das zwar einiges vom Boissonade-Entwurf übernahm[8], insgesamt aber wesentlich auf der Basis des Entwurfs zum BGB von 1887 redigiert wurde.[9] Die ersten drei Bücher, die einem Allgemeinen Teil, dem Sachenrecht und dem Obligationenrecht gewidmet waren, traten 1896 in Kraft, das Familien- und das Erbrecht zwei Jahre später. Darüber, inwieweit das Ergebnis eine Kopie deutschen Rechts darstellte oder vielmehr ein Werk war, das deutsches, französisches und genuin japanisches Gedankengut miteinander verband, scheiden sich die Geister.[10] In den letzten Jahren wird eher die Vielzahl der Einflüsse betont.[11]

2.2 Korea

Auch in Korea galt ab 1912 infolge der japanischen Annexion das japanische Zivilgesetzbuch.[12] Mit den nach Ende des zweiten Weltkrieges einsetzenden Arbeiten an einem eigenen koreanischen BGB wurden viele der noch auf dem Code civil beruhende Vorschriften durch solche des deutschen BGB sowie des schweizerischen ZGB und OR ersetzt.[13] Das im Wesentlichen auf dem Code Civil und dem Entwurf des BGB beruhende japanische Zivilrecht schien vielen in seiner Ausrichtung zu individualistisch, und auch koreanischen Gepflogenheiten sah man nicht hinreichend Rechnung getragen. Das neue südkoreanische BGB wurde 1958 verabschiedet und trat 1960 in Kraft. Es gliedert sich wie das deutsche BGB in fünf Bücher.[14]

---

[7] *Kitagawa* (Fn. 5), S. 30, 31; *ders.,* Das Methodenproblem der Dogmatik des japanischen bürgerlichen Rechts, AcP 166 (1966), S. 330, 331; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 21 I (S. 291); *Takayanagi,* Development of Japanese Law since 1867, in: *Tanaka/Smith* (Hrsg.), The Japanese Legal System, Tokyo 1976, S. 181; *Rahn* (Fn. 2), S. 105.

[8] Z.B. der Eigentumsübergang kommt nach franz. Vorbild ohne Übergabe zustande, *Gorai*, Le Code Civil au Japon, Rec. Lambert II, S. 781.

[9] *Takayanagi* (Fn. 7), S. 182; *Schnitzer*, Band I (Fn. 6), S. 375; deutsche Übersetzung des Gesetzbuches durch *Vogt*, 2. Aufl. Berlin 1927; *Ebert* (Fn. 4), S. 116; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 21 I (S. 291); *Yamada* (Fn. 3), S. 112; *Rahn* (Fn. 2), S. 108; *Sanders,* ZEuP 2002, S. 96, 106.

[10] Dazu *Baum,* Rechtsdenken, Rechtssystem und Rechtswirklichkeit in Japan, -Rechtsvergleichung mit Japan-, RabelsZ 59 (1995), S. 258, 267.

[11] *Kitagawa* (Fn. 5), S. 34, 35 und 43 Fn. 11: "*aus dem Protokoll zum japanischen BGB geht hervor, dass sich die (...) unternommenen Prüfungen, außer auf das französische, deutsche und angelsächsische Recht, noch auf das österr. ABGB, das holländische Recht, das Schweiz. OR und das Schweiz. ZGB, das spanische Recht, das ALR, das sächsische BGB, den codice civile it., das kanadische Recht und sogar das indische Recht usw., somit auf mehr als 30 fremde Rechte erstreckten.*"; *Hozumi*, The new Japanese Civil Code, 2nd ed. St. Louis 1912, 22-3: *„the Japanese Civil Code may be said to be the fruit of comparative jurisprudence."*; *Sanders*, ZEuP 2002, S. 96.

[12] *Lee*, ZVglRWiss 86 (1987), S. 158, 164; *Huch*, Japanisches internationales und interlokales Privatrecht, Würzburg 1941, S. 123; *Kyu*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I R-6.

[13] *Lee*, ZVglRWiss 86 (1987), S. 158, 165; *Kal*, Die Neugestaltung des koreanischen Familien- und Erbrechts, StAZ 1962, S. 135, 136.

[14] *Kyu*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I R-6.

2.3 China

In China hatte die Qing-Regierung schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vorsichtige Schritte in Richtung einer Orientierung am Westen unternommen, allerdings ohne durchschlagenden Erfolg.[15] Nach der Niederlage im Boxerkrieg war der Hof bereit, grundlegende Reformen einzuleiten. Erheblicher Druck wurde dabei durch die Kolonialmächte ausgeübt: Zwischen 1902 und 1904 versprachen England, die U.S.A, Japan und Portugal, ihre territorialen Rechte aufzugeben, sobald eine Rechts- und Justizreform durchgeführt worden sei.[16] Im Jahre 1911 wurde der Da-Qing-Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgelegt, der überwiegend auf dem japanischen, teilweise aber auch unmittelbar auf dem deutschen BGB beruhte[17]. Aus dem Ausland hatte nur ein japanischer Kollege mitgewirkt. Die Gliederung stimmte mit derjenigen des deutschen BGB überein. Das traf auch auf den ersten Entwurf der Republik China zu, der 1925 vorgelegt wurde und der kaum grundlegende Veränderungen im Vergleich zum Da-Qing-Entwurf aufwies, obgleich neben japanischen auch französische Gelehrte zur Beratung hinzugezogen wurden.[18] Das zwischen 1929 und 1931 in Kraft gesetzte Zivilgesetzbuch der Republik China berücksichtigte dagegen nicht nur die politischen Vorstellungen der Guomindang-Regierung, sondern auch zahlreiche weitere Kodifikationen, so das schweizerische, russische, türkische und französisch-italienische Recht.[19] Im Vergleich zu den Vorlagen war es eine eigene Schöpfung, die jedoch unverkennbar am BGB ausgerichtet war, was sich schon äußerlich an der Pandektensystematik bemerkbar machte. Im Grundsatz gilt dieses Zivilgesetzbuch bis heute weiter auf Taiwan.[20]
In der maoistischen Phase war deutscher Einfluss auf dem Festland allenfalls im Umweg über sowjetisches Recht spürbar, während der Kulturrevolution stockte die Rechtsentwicklung ganz.[21] Nach der von Deng Xiaoping 1978 eingeleiteten Öffnungspolitik begannen bald auch rechtliche Reformen, die bis zum heutigen Tag andauern.[22]

---

[15] *Shao*, Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China, JZ 1999, S. 80.

[16] *Shao*, JZ 1999, S. 80; *Lee,* ZVglRWiss 86 (1987), S. 158, 166; *Bünger*, Die Rezeption des Europäischen Rechts in China, in: *Wolff* (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsforschung, Berlin,Tübingen 1950, S. 170; *Ruete* (Fn. 5), S. 11; *Manthe*, Bürgerliches Recht und Bürgerliches Gesetzbuch in der Volksrepublik China, Jahrbuch für Ostrecht 1987, S. 11, 12.

[17] *Schnitzer,* Band I (Fn. 6), S. 384, 385; *Lee,* ZVglRWiss 86 (1987), S. 158, 167; *Ruete* (Fn. 5), S. 37; *Münzel*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I P-68.

[18] *Ruete* (Fn. 5), S. 37; *Bünger* (Fn. 16), S. 171; *Lee,* ZVglRWiss 86 (1987), S. 158, 167; *Shao*, JZ 1999, S. 80, 81.

[19] *Ruete* (Fn. 5), S. 41, 42; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 20 II (S. 286); *Ebert* (Fn. 4), S. 112; *Shao*, JZ 1999, S. 80, 81; *Schnitzer*, Band I (Fn. 6), S. 385.

[20] *Lee*, ZVglRWiss 86 (1987), S. 158, 169; *Tze-Chien*, Die Aufnahme des europäischen Rechts in China, AcP 166 (1966), S. 343.

[21] *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 20 III (S. 286, 287); *Lee*, ZVglRWiss 86 (1987), S. 158, 169, 170.

[22] *Münzel*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I P-69; *De Angelis,* in: *Katz* (Hrsg.) (Fn. 2), S. 258; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 20 III (S. 287); vgl. *Heuser*, Chinas Weg in eine neue Rechtsordnung, JZ 1988, S. 893, 897, 898; *David/Brierley* (Fn. 3), 494 (S. 531).

2.4 Weitere Rezeptionsstaaten

Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, einen einigermaßen vollständigen Überblick über die Rezeption deutschen Zivilrechts zu geben. Nur beispielhaft erwähnt für Länder, deren Zivilrecht sich auch am deutschen Rechts ausgerichtet hat, seien daher in Asien das Königreich Siam,[23] in Südamerika Brasilien und Peru,[24] in Europa Griechenland,[25] Ungarn[26] und Polen,[27] und heute natürlich die Nachfolgestaaten der früheren Sowjetunion.[28]

3 Rezeptionsursachen

Untersucht man die Ursachen, die zu einer Rezeption deutschen Rechts geführt haben, so lassen sich politische, pragmatische, kulturelle und rechtsimmanente Aspekte identifizieren. Wiederum aus Zeitgründen werde ich mich im Folgenden auf den ostasiatischen Raum beschränken.

3.1 Politische Aspekte

Viele betonen zunächst die politische Bedingtheit von Rezeption, sehen Rezeption in erster Linie als Machtfrage.[29] Das Wirken politischer Faktoren ist natürlich dort offenbar, wo Rezeption nicht freiwillig erfolgt. Im Falle Japans und Chinas war zwar die Orientierung an westlichen Maßstäben mehr oder weniger erzwungen, nicht hingegen die Entscheidung gerade für das deutsche Recht. Indessen lassen sich andere politische Faktoren benennen, so insbesondere die Sympathie für Deutschland als Kaiserreich bzw. als Land mit einer feudalen und auf einem starken Militär beruhenden Tradition sowie als ein Staat mit begrenztem kolonialem Engagement in der Region.[30] Die Orientierung Chinas an Japan lässt sich mit der

---

[23] *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 11 IV (S. 153); *Schwarz*, Rezeption und Assimilation ausländischen Rechts, in: *Thieme/Wieacker* (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur neueren Privatrechtsgeschichte und zur Rechtsvergleichung, Karlsruhe 1960, S. 152; *Schnitzer*, Band I (Fn. 6), S. 242.

[24] *Parodi Remon*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I P-116; *Schwarz* (Fn. 23), S. 152; *Schnitzer,* Band I (Fn. 6), S. 209.

[25] *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 11 IV (S. 155); *Schwarz* (Fn. 23), S. 152; *Schnitzer,* Band I (Fn. 6), S. 215.

[26] *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 11 IV (S. 154); *Schwarz* (Fn. 23), S. 152.

[27] *Kordasiewicz*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I P-157; *Schnitzer*, Band I (Fn. 6), S. 262; zur historischen Entwicklung des polnischen Privatrechts *Liebscher/Zoll,* Einführung in das polnische Recht, München 2005, § 5 I 1 (S. 107, 108).

[28] *Schwarz* (Fn. 23), S. 152; *Solotych*, Das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, Erster Teil, Baden Baden 1996, S. 16.

[29] *Koschaker*, Europa und das römische Recht, 2. Aufl. München 1953, S. 136, 138; *Kocourek,* Factors in the Reception of Laws, in: Studi in memoria di A. Albertoni, Padua 1938, S. 248; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 8 II (S. 98); im Falle Chinas und Japans nur Qualitätsfrage: *Kitagawa* (Fn. 5), S. 51; *Bünger* (Fn. 16), S. 178; *Shao* JZ 1999, S. 80, 83, 84.

[30] *Rahn* (Fn. 2), S. 93; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 21 I (S. 292); *Shao*, JZ 1999, S. 80, 83; *Bünger* (Fn. 16), S. 179.

Vorbildrolle Japans als aufstrebende asiatische Macht und mit einer gewissen inner-asiatischen Solidarität erklären.[31]

3.2 Pragmatische Aspekte

Auch pragmatische Aspekte sind nicht zu unterschätzen. So war für ein Land, das sein Rechtssystem unter großem Zeitdruck anzupassen hatte, ein kodifiziertes Recht einfacher und schneller zu übernehmen als ein Fallrechtssystem, das entweder am Nullpunkt beginnen oder aber Tausende von Bänden fremdsprachiger Urteile hätte übersetzen müssen.[32] Sprachlich und geographisch waren beispielsweise für China erst Japan und später Taiwan weitaus einfacher zu erschließen als so manche westliche Rechtsordnung unmittelbar, zumal englische oder französische Sprachkenntnisse nicht verbreitet waren.[33]

3.3 Kulturelle Aspekte

Kulturell sprach eine enge historische, kulturelle und ideengeschichtliche Verbundenheit mit Japan für viele ostasiatische Staaten für eine Orientierung am japanischen und damit mittelbar am deutschen Recht. Auch unmittelbar fühlte man sich dem deutschen und römischen Recht verbunden: Eine tiefe Bewunderung für deutsche Wissenschaft, Kunst und Technik mischte sich mit einer gewissen Sympathie für das römische Recht mit seiner Anerkennung der Autorität von Staat und Familie.[34]

3.4 Rechtsimmanente Aspekte

Aber auch die Qualität des deutschen Rechts sprach für sich.[35] Als geschriebenes Recht fügte es sich in eine lange Tradition der Kodifikation. Auch die deduktive Methode soll dem asiatischen Denken angeblich eher entsprechen als die induktive.[36] Mit dem BGB und seinen Vorentwürfen lag damals ein Regelwerk vor, das weitaus neuer und moderner war als andere europäische Kodifikationen. Vor allem aber zeichnete es sich aus durch eine einzigartige begriffliche Klarheit und das Streben nach Systematik und Widerspruchsfreiheit. Dem entsprach auf der

[31] *Shao*, JZ 1999, S. 80, 83.

[32] *Kitagawa* (Fn. 5), S. 52, 53: Vorteil des deutschen Rechts als leichter rezipierbares *ius scriptum* ggü. dem angelsächsischen Rechtssystem; siehe auch *Kocourek* (Fn. 29), S. 251.

[33] *Shao*, JZ 1999, S. 80, 83; *Kocourek* (Fn. 29), S. 252.

[34] *Noda,* Impact of Foreign Law, in: *Tanaka/Smith* (Fn. 7), S. 204; *Kitagawa* (Fn. 5), S. 95.

[35] Zur Frage der Qualität als Rezeptionsgrund: *Bünger* (Fn. 16), S. 178; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), § 21 I (S. 291, 292); *Shao*, JZ 1999, S. 80, 84; *Rahn* (Fn. 2), S. 116; *Kitagawa* (Fn. 5), S. 95, 96; *ders.*, AcP 166 (1966), S. 330, 331; *Manthe*, Jahrbuch für Ostrecht 1987, S. 14; *Tze-Chien*, AcP 166 (1966), S. 343, 347; *Sanders,* ZEuP 2002, S. 96, 118.

[36] *Shao*, JZ 1999, S. 80, 83.

Ebene der Rechtswissenschaft eine hoch entwickelte Rechtsdogmatik, die weltweit ihresgleichen suchte.

4 Die weitere Entwicklung

Die historischen Rezeptionsvorgänge im 19. und 20. Jahrhundert sind mittlerweile lange her, und wie die eingangs geschilderte Anekdote zeigt, werden sie auch nicht immer erinnert. Einiges hat sich seitdem getan, sowohl im deutschen Recht als auch im Recht der Rezeptionsstaaten.

4.1 Weiterentwicklung des Rechts in den Rezeptionsstaaten

Das dorthin einstmals exportierte Recht hat sich eigenständig entwickelt. Ich will an dieser Stelle nicht eingehen auf die bekannte Streitfrage, ob und wenn ja unter welchen Bedingungen Recht überhaupt exportierbar ist: Ob es als *legal transplant* relativ autonom in seiner neuen Umgebung weiterlebt (Watson)[37], ob es im Sinne der *mirror theories* als Spiegel der Gesellschaft fungiert und daher nicht Identität wahrend verpflanzt werden kann,[38] ob es die Identität schon bei der Übersetzung in eine andere Sprache verliert (Legrand),[39] usw. Allein dies würde einen eigenen, längeren Beitrag rechtfertigen.

Bei den hier betrachteten Rezeptionen im Bereich des Zivilrechts ist schon ursprünglich nicht allein auf deutsches Recht rekurriert worden, sondern haben daneben auch andere Rechtsordnungen, insbesondere französisches und schweizerisches Recht, eine Rolle gespielt.[40] Selbst wenn man die Betrachtung auf das Vermögensrecht beschränkt – im Familien- und Erbrecht ist die Lage ohnehin etwas komplizierter – finden wir demnach von Anfang an kein pures deutsches Recht, sondern eine Gemengelage von Elementen unterschiedlicher Rechtsordnungen, eine Kombination von demjenigen, was den Verfassern beim Vergleich der zur Verfügung stehenden Rechtsordnungen jeweils am überzeugendsten erschien.[41] Diese Arbeitsweise kann man als eklektisch bezeichnen, und so hat denn René David insbesondere japanische Gesetzbücher als eklektische Werke

---

[37] *Watson*, Legal Transplants, An Approach To Comparative Law, 2. Aufl. Athens, London 1993, S. 21 ff.; vgl. auch *Smits*, The Making of European Private Law, toward a Ius Commune Europaeum as a mixed legal system, Antwerpen, Oxford, New York 2002, Ch. 2 §5 (S. 59 ff.).

[38] Darstellung der Kernthesen der mirror theories m.w.N. bei *Ewald*, Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants, American Journal of Comparative Law 1995, S. 489, 492: "*Nothing in the law is autonomous; rather, law is a mirror of society, and every aspect of the law is molded by economy and society*"; *Kahn-Freund,* On Uses and Misuses of Comparative Law, in: Kahn-Freund. Selected Writings, London 1978, S. 294, 301, 302; *Teubner,* Legal Irritants: Good Faith in British Law or how Unifying Law ends up in new divergences, Modern Law Review 1998, S. 11, 21, 22.

[39] *Legrand*, The Impossibility of Legal Transplants, Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997, S. 111 ff.

[40] *Bünger* (Fn. 16), S. 178; *Shao,* JZ 1999, S. 80, 81.

[41] *Bünger* (Fn. 16), S. 178; *Kitagawa*, S. 43.

charakterisiert.[42] Wegen der pejorativen Komponente von Eklektizismus verwende ich lieber den Begriff des *primary blending of laws*. Da die Elemente eines auf Geschlossenheit bedachten Zivilrechtssystems nicht unverbunden nebeneinander stehen, sondern sich wechselseitig beeinflussen konnten die Elemente deutscher Herkunft schon deswegen nicht das bleiben, was sie einmal waren.

Hinzu kommt natürlich, dass sich die Rechtsordnungen in den Rezeptionsstaaten im Laufe der Zeit weiterentwickelt haben.[43] Sie haben ihre eigene Rechtsprechung, ihre eigene Rechtswissenschaft, und sie haben ihr kodifiziertes Recht den Anforderungen der modernen Zeit schrittweise angepasst. Ein verändertes Verständnis vom Verhältnis der Geschlechter und der Generationen zueinander, Verbraucherschutz oder elektronischer Geschäftsverkehr konnten am Zivilrechtssystem nicht spurlos vorübergehen. Und wir beobachten schon lange, dass bei jeder Reform die Karten gleichsam neu gemischt werden: Umfassende rechtsvergleichende Vorarbeiten werden angestellt, es werden eigene Gedanken entwickelt, und am Ende siegt das, was konkret am meisten überzeugt.[44] Das kann das deutsche Recht sein, aber es muss nicht das deutsche Recht sein, und auch nicht das französische. Vielmehr ist es möglicherweise US-amerikanisches Recht, englisches Recht, internationales Einheitsrecht oder etwas ganz Eigenes. Es kommt somit zu einem *secondary blending of laws*. Sehr gut zu beobachten ist dies derzeit in der Volksrepublik China, die gerade dabei ist, ein Zivilgesetzbuch zu erarbeiten.

4.2 Europäisierung und Reform des deutschen Rechts

Ich muss nicht betonen, dass sich seit den skizzierten Rezeptionsvorgängen auch das deutsche Zivilrecht grundlegend verändert hat. Vom ursprünglichen Familienrecht ist kaum ein Stein auf dem anderen geblieben. Aber auch die ersten drei Bücher sind abschnittsweise nur schwer wieder zu erkennen. Insbesondere europäische Richtlinien haben in den vergangenen Jahren das Bild des BGB und seiner Nebengesetze radikal verändert.[45] Zu nennen sind etwa die Haustürgeschäfte-Richtlinie, die Verbraucherkredit-Richtlinie, die Pauschalreise-Richtlinie, die Klausel-Richtlinie, die Timesharing-Richtlinie, die Überweisungsrichtlinie, die Zahlungssicherungsrichtlinie und die Fernabsatzrichtlinien.

---

[42] *David/Brierley* (Fn. 3), 499 (S. 539); so auch *Bünger* (Fn. 16), S. 178; *Kitagawa* (Fn. 5), S. 24; *ders.*, AcP 166 (1966), S. 330, 332.

[43] *Kitagawa* (Fn. 5), S. 54; vgl. auch *Schwarz* (Fn. 23), S. 154, 155.

[44] *Zajtay*, Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung, AcP 165 (1965), 361, 378; *Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, S. 257, 259; speziell zu den Vorarbeiten zum CISG: *Schlechtriem,* Internationales UN-Kaufrecht, 2. Aufl. Tübingen 2003, S. 1 u. 2; *Dölle,* Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, München 1976, S. XXXI.

[45] *Ranieri,* Europäisches Obligationenrecht, 2. Aufl Wien 2003, S. 30; *Th. J. Möllers,* Europäische Richtlinien zum bürgerlichen Recht, JZ 2002, S. 121, 129; vgl. auch *Schlechtriem*, Wandlungen des Schuldrechts in Europa. Wozu und Wohin?, ZEuP 2002, S. 213 ff.

Einen weiteren Quantensprung stellte die Schuldrechtsmodernisierung dar. Das Anfang 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts hat zu einer völligen Umgestaltung weiter Teile des Zweiten Buches sowie des Verjährungsrechts geführt. Eher äußerliche Schritte waren die Kodifizierung bislang ungeschriebener Rechtsinstitute wie der *culpa in contrahendo* sowie die Inkorporierung der meisten Verbraucher schützenden Nebengesetze in das BGB, wobei lange Kataloge über Informationspflichten in einer Verordnung ausgelagert wurden. Inhaltliche Änderungen brachten vor allem die Reform der Verjährungsregeln sowie die Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Dabei wurde nicht nur das gesamte Kaufrecht, sondern auch das Werkvertragsrecht und vor allem das allgemeine Leistungsstörungsrecht und damit eines der Herzstücke des deutschen Zivilrechts völlig neu konzipiert.

4.3 Divergenz oder Konvergenz?

Beobachtet man die Entwicklung des deutschen Rechts einerseits und des Rechts in den früheren Rezeptionsstaaten andererseits, ist das Bild notgedrungen zunächst eines der wachsenden Divergenz. Drittstaaten werden sich dem Angleichungsdruck europäischer Richtlinien nicht unbedingt freiwillig beugen. Und werden bei jedem einzelnen Reformakt, sofern er überhaupt auf Rechtsvergleichung basiert, die Karten neu gemischt, dann wird das deutsche Recht nicht jedes Spiel gewinnen. Daran lässt sich schwer herumdeuten.

Bei näherem Hinsehen identifizieren wir jedoch auch konvergierende Tendenzen. Um es pointiert auszudrücken: Die Rezeptionsstaaten haben im Zuge ihres *primary blending* und *secondary blending* in Umrissen dasjenige vollzogen, was sich in Europa und international im Bereich des Zivilrechts gegenwärtig zu vollziehen scheint. Die Principles of European Contract Law,[46] der Vorentwurf eines Code Européen des Contrats[47] sowie die meisten Vorarbeiten für den Common Frame of Reference,[48] mögen sich methodisch eher als *restatement* [49]des in den Mitglied-

---

[46] *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Part I and II, Den Haag 2000 und *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann,* Part III, Den Haag 2003; deutsche Übersetzung bei: *Schulze/Zimmermann*, Basistexte zum Europäischen Vertragsrecht, 3. Aufl. Baden-Baden 2005.

[47] *Gandolfi*, Code Européen des Contrats – Avant Projet, Band I 2001, dazu etwa: *Sonnenberger,* Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches der Akademie der Europäischen Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, RIW 2001, S. 409 ff. oder *Gandolfi,* Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches, ZEuP 2002, S. 1 ff.

[48] Mitteilung der Kommission vom 12. 2. 2003 über ein kohärentes Europäisches Vetragsrecht. Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg.; vgl. weiter die Mitteilungen der Kommission vom 11. 10. 2004, KOM(2004) 651 endg., vom 10. 5. 2005 KOM(2005) 184 endg., vom 23. 9. 2005 KOM(2005) 456 endg., sowie das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutzrecht KOM(2006) 744 final. Siehe auch: European Parliament resolution on European contract law and the revision of the acquis: the way forward, vom 4. 9. 2006 (2005/2022/(INI)).

[49] *Hesselink,* Principles of European Contract Law: some choices made by the Lando Commission, in: The New European Private Law. Essays on the future of Private Law, Den Haag, London, New

staaten geltenden Rechts bzw. als Herausarbeitung eines *common core*[50] des Existierenden darstellen. In Wahrheit gehen sie aber deutlich darüber hinaus und verstehen sich als Schöpfung eines moderneren, eines besseren Rechts für Europa, das im Wege des *primary blending* das jeweils Überzeugendste und Konsensfähigste aus den Einzelrechtsordnungen extrahiert und zu einem neuen System verbindet.[51] Das Gleiche gilt natürlich für das UN-Kaufrecht[52] und für die UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts[53], die den Handelsverkehr betreffen.

Die Ergebnisse europäischer Rechtsangleichung und primärer oder sekundärer Rezeptionsprozesse sind oftmals verblüffend ähnlich. So müssen etwa im Vertragsrecht nationale Spezifika fallen, die sich international als nicht vermittelbar erweisen: die englische *consideration*-Doktrin, die französische Figur der *cause* und unser heiß geliebtes Abstraktionsprinzip ebenso wie die Irrtumsanfechtung auch bei klarem Verschulden des Erklärenden.[54] Im Kreditsicherungsrecht wird die deutsche publizitätslose Sicherungsübereignung nicht überleben, die englische *floating charge* wird sich dagegen durchsetzen.[55] Das zeigt sich etwa wieder am neuen Sachenrecht der VR China:[56] Eine Bindung an eine bestimmte Rechtsordnung ist darin nicht mehr zu erkennen.

York 2002, S. 76; *Zimmermann,* Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, 477, 479; *ders.*, Die "Principles of European Contract Law", Teil III, ZEuP 2003, S. 707, 708, 709; siehe auch *Schmid*, Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuches, JZ 2001, S. 674, 682.

[50] *Bussani/Mattei*, The Common Core Approach to European Private Law, Columbia Journal of European Law 1996-97, S. 339 ff.; zur Arbeit des Common Core-Projekts siehe auch *Fiorentini*, A Report on the 2001 and 2002 "Common Core of European Private Law" Meetings, ZEuP 2003, S. 444 – 448.

[51] *Wurmnest,* Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa, ZEuP 2003, S. 714, 724; *Lando/Beale* (Fn. 46), Introduction S. xxii; *Lando*, Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation, RabelsZ 56 (1992), S. 261, 267.

[52] United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

[53] UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, 2004, dt. Übersetzung bei *Schulze/Zimmermann* (Fn. 46).

[54] Vgl. *Lando*, Überblick über die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Vermögensrechte und der Zivilverfahrensordnungen der Rechte der Europäischen Union, in: Die Untersuchungen der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, Arbeitsdokument der Reihe „Rechtsfragen" der Generaldirektion Wissenschaft des Europäischen Parlaments (JURI 103 DE), S. 5; *Storme*, The Binding Character of Contracts – Causa and Consideration, S. 243 - 246 und *Drobnig*, Transfer of property, S. 508 - 510, beide in: *Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/du Perron* (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl. Den Haag, Boston, London 1998.

[55] *Kieninger,* Evaluation: A Common Core? Convergences, Subsisting Differences and Possible Ways of Harmonisation, in: *Kieninger* (Hrsg.), Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge 2004, S. 670; vgl. auch *Reich*, Das stille Pfandrecht der Niederlande. Ziel oder bloßer Schritt auf dem Weg zur Reformierung der deutschen Sicherungsübereignung, Diss. Göttingen 2006, S. 166.

[56] Gesetz der Volksrepublik China über das Sachenrecht, (verabschiedet auf der 5. Sitzung des 10. Nationalen Volkskongresses der VR China am 16. 03. 2007, Datum des Inkrafttretens: 01. 10. 2007), dt. Übersetzung mit Anmerkungen durch *Zhou/Qi/Lohsse/Liu* in ZChinR 2007, S. 78 - 117.

Die Ähnlichkeit im Bereich des Vertragsrechts wird mittlerweile übrigens auch dadurch erreicht, dass UN-Kaufrecht, UNIDROIT-Principles und Principles of European Contract Law unmittelbar als Vorlagen dienen, so etwa bei Erarbeitung des chinesischen Vertragsgesetzbuchs. Die Tendenz, dass internationale oder europäische Regelwerke, welcher Rechtsnatur sie auch immer sein mögen, die nationalen Rechtsordnungen als Vorbilder verdrängen, wird weitergehen. Aber dies wird auch in Deutschland so sein. Die Gesetzgeber werden also – um eine geläufige Floskel zu gebrauchen – auf die gleiche *toolbox* zurückgreifen, so dass auch deswegen mittelfristig wieder Konvergenz eintritt.

5 Basis für einen privilegierten Dialog

Was bleibt also für künftige Rechtsentwicklungen übrig von der einstmals erfolgten Rezeption deutschen Zivilrechts? Nur eine gemeinsame *toolbox*, die man theoretisch auch mit dem Rest der Welt teilt? Oder ist eine bleibende Entscheidung getroffen für eine Art privilegierten Dialog?

Die Antwort kann sicher nicht für alle Rezeptionsstaaten gleich ausfallen. Der begrenzte Rahmen zwingt mich wieder zu einer Beschränkung auf den ostasiatischen Raum. Sehen wir uns an, was dort von den ursprünglichen Rezeptionsursachen übrig geblieben ist. Politische Gründe sprechen nicht eindeutig genug für einen privilegierten Rechtsdialog mit deutschen Juristen. Zwar mag Deutschland ein wichtiger Handelspartner sein, aber die U.S.A. sind wichtiger. Auch die pragmatischen Gründe tragen nur noch bedingt: Zwar sind etwa das taiwanesische und das japanische Recht für chinesische Juristen immer noch einfacher zugänglich als viele europäische Rechtsordnungen, aber zumindest alles, was in englischer Sprache verfügbar ist, steht dem kaum nach, und Entfernungen sind dank weltweiter Vernetzung kein Problem. Die kulturellen Aspekte treten in einer Zeit, die in den Industrienationen auf einen global einheitlichen Lebensstil zusteuert, immer stärker zurück. Und die rechtsimmanenten Aspekte? Die Entscheidung für ein grundsätzlich kodifiziertes Recht dürfte in der Tat unumkehrbar sein. Aber sie determiniert nicht mehr die Inhalte, die sich – aufbereitet etwa durch die *Restatements of the Law* des American Law Institute und durch eine wachsende Zahl systematisierender Darstellungen – unabhängig von einem Fallrechtssystem übernehmen lassen.

Was in der Tat bleibt, sind Netzwerke, akademische Gesprächsfäden und persönliche Verbundenheiten, deren Tragfähigkeit für den Dialog ganzer Rechtsordnungen man nicht unterschätzen darf. Schulte-Kulkmann[57] hat kürzlich die Rolle epistemischer Gemeinschaften im Haas'schen Sinne für die Rechtsrezeption in China herausgearbeitet. Beispiele lassen sich auch andernorts finden. So kann man etwa nur spekulieren, welchen Einfluss die persönliche Freundschaft

---

[57] *Schulte-Kulkmann*, Rechtszusammenarbeit mit der Volksrepublik China: Deutsche und Amerikanische Initiativen im Vergleich, Göttingen 2005, S. 55 – 59.

zwischen Lord Goff of Chieveley und Werner Lorenz für so manche Hinwendung des englischen Rechts zum deutschen Recht in den letzten Jahrzehnten hatte. Es sind also Veranstaltungen wie diese und die Netzwerke, die ihnen zugrunde liegen, die den Rechtsdialog zwischen Japan und Deutschland zu einem privilegierten machen können.

Und unser Zivilrecht, auf das wir lange so stolz waren? Spielt es für sich gesehen gar keine Rolle mehr? Doch, es spielt eine große Rolle. Aber nicht durch seine Inhalte, sondern durch seine Begrifflichkeit, durch seine Strukturen, durch sein Systemdenken, durch seine Dogmatik. Als ich 1999 nach Göttingen kam, empfing mich ein sehr geschätzter Kollege mit den mahnenden Worten, Dogmatik werde uns nicht ins 21. Jahrhundert tragen. Bezogen auf die wissenschaftspolitische Positionierung von Fakultäten im nationalen Wettbewerb wird er Recht haben. International gesehen jedoch könnten Systemdenken und Dogmatik unser einziger spezifischer Beitrag zur Rechtsentwicklung sein, der im 21. Jahrhundert noch Bestand hat.

Das Gesellschafts- und Vereinssystem im japanischen Privatrecht

Motonobu Goto

1 Überblick über das japanische Gesellschafts- und Vereinsrecht

1.1 Keine Definition der Gesellschaft im japanischen Privatrecht

Nach dem deutschen Recht ist die Gesellschaft im weiteren Sinne definiert als die privatrechtliche Personenvereinigung, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet wird.[1] Dagegen fehlt unserer japanischen Rechtswissenschaft die Definition der Gesellschaft oder des Gesellschaftsrechts. Es gibt nur die Definition der juristischen Person: die juristische Person ist ein anderes Rechtssubjekt als die natürliche Person. Einerseits handelt es sich dabei nicht um eine positive Darstellung, sondern nur um einen Hinweis auf die Rechtsfähigkeit der juristischen Person. Andererseits mangelt es dieser Begriffsbestimmung an der Anknüpfung an den Personenzusammenschluss oder das Organisationsgebilde.

Die japanische Zivilrechtswissenschaft kennt die Unterscheidung von Körperschaft (oder dem Verein) und Personengesellschaft (oder der Gesellschaft im engeren Sinne). Aber diese Unterscheidung wird ausschließlich als Grundbasis für die

---

[1] Götz Hueck/ Christine Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Auflage, 2003 S.1; Friedrich Kübler/ Heinz-Dieter Assmann, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, 2006, S.1.

Theorie des nichtrechtsfähigen Vereins herangezogen. Diese Theorie wurde angeblich aus der Auffassung von Otto v. Gierke abgeleitet in Japan eingeführt. Außerdem geht man in der japanischen Rechtswissenschaft davon aus, dass der Rechtsgedanke v. Gierkes herrschende Meinung in Deutschland gebildet hat. Übrigens, wer hat in Japan „Genossenschaftstheorie (1887)" vollständig gelesen? Das Buch ist sehr dickleibig, und, ohne gute Kenntnisse der deutschen Rechtsgeschichte gar nicht so einfach zu verstehen. Allenfalls könnte man sein kleines Buch „Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht (2.Aufl., 1902)" leicht lesen.

Bereits aus oben Erwähntem lässt sich folgern, dass auf eine einheitliche Behandlung und Berücksichtigung der Gesellschaften im weiteren Sinne, von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bis zur Aktiengesellschaft, in Japan nicht so viel Wert gelegt wird. Vielmehr konzentriert sich die japanische Zivilrechtswissenschaft auf die Bestimmung einzelner Gesellschaften oder Verbände, besonders auf die der AG.

1.2 Gesellschaftsrechtliche Rechtsquellen und Gesellschaftsformen in Japan

In Japan, wie in Deutschland, gab und gibt es kein einheitliches Gesetzbuch über die Gesellschaft im weiteren Sinne. Hauptsächliche gesellschaftsrechtliche Rechtsquellen waren bisher BGB für den (konzessionierten) Idealverein und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sowie das HGB und das GmbH-Gesetz für die Handelsgesellschaften. Die Konstruktion der Gesetze und der Gesellschaftsformen hat Japan aus Deutschland und Frankreich übernommen. Aber nach dem Jahr 2008 wird die Struktur der Gesetze, und somit auch die der Vereine und der Gesellschaften, erheblich verändert.

Für wirtschaftliche Personenvereinigungen ist das Handelsgesellschaftsgesetz im Juni 2005 erlassen worden. Bisher bestand das japanische Handelsgesellschaftsrecht hauptsächlich aus dem HGB und dem GmbH-Gesetz. Das HGB regelte die oHG, die KG und die AG[2], das GmbH-Gesetz die GmbH. Nun sieht das neue Handelsgesellschaftsgesetz die AG, die oHG, die KG und die neue Personenhandelsgesellschaft[3] (LLP) vor. Die Rechtsform der GmbH wird abgeschafft bzw. in die AG integriert. Begründet wird dies damit, dass die Gestaltungsfreiheit in der japanischen AG nunmehr so weit ist, dass sogar eine Einmann-AG mit einem Direktor (Geschäftsführer), ohne Vorstand und ohne Aufsichtsrat, gegründet werden kann[4]. Des Weiteren wurde die bisherige Unterscheidung von Kapitalgesellschaften (AG und GmbH) und Personenhandelsgesellschaften (oHG und KG) in

[2] Die Bestimmungen über die KGaA wurden wegen geringer praktischer Bedeutung schon früh aufgehoben.

[3] Das ist die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung (LLP). Sie ist eine Personengesellschaft, aber besteht nur aus einem oder mehreren nicht persönlich haftenden Gesellschaftern (Kommanditisten)

[4] Aktien solcher AG's sind vinkuliert, weshalb eine derartige AG nicht börsennotiert sein kann.

die Unterscheidung von Aktiengesellschaften (Gesellschaften nach Aktien)[5] und Handelsgesellschaften nach anteilen[6] (oHG, KG und LLP) versetzt. Im japanischen Recht, wie auch im französischen Recht, waren und sind auch Personenhandelsgesellschaften (Handelsgesellschaften nach Anteilen) juristische Personen. Wahrscheinlich ist das damit zu erklären, dass es nach dem neuen japanischen Handelsgesellschaftsgesetz grundsätzlich zulässig ist, Einmann-Gesellschaften auch bei Personenhandelsgesellschaften zu gründen. Somit kann auch eine Einmann-oHG entstehen!? Allerdings ist keine Einmann-KG theoretisch nicht möglich, weil die KG zwei Mitglieder (Komplementär und Kommanditist) benötigt.

Hinsichtlich nichtwirtschaftlicher Personenvereinigungen ist das „Allgemeine Vereins- und Stiftungsgesetz“ dieses Jahres erlassen worden. Es ersetzt die vereinsrechtlichen Vorschriften des japanischen BGB. Nach dem bisherigen System wurden nichtwirtschaftliche Personenvereinigungen oder Stiftungen nicht durch Eintragung, sondern durch behördliche Konzession zu juristischen Personen (konzessionierte Vereinen oder Stiftungen)[7]. Nach dem Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Vereins- und Stiftungsgesetzes, im Jahr 2008, können nichtwirtschaftliche Personenvereinigungen, wie auch in Deutschland, nur mit der Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangen („allgemeine Vereinen“ oder „allgemeine Stiftungen“). Aus eingetragenen allgemeinen Vereinen (oder Stiftungen) entstehen „gemeinnützige Vereine“ oder gemeinnützige Stiftungen durch staatliche Anerkennung von Gemeinnützigkeit („Gemeinnützige Vereins- und Stiftungsgesetz“). Gemeinnützige Vereine werden im Hinblick auf verschiedene Aspekte, besonders steuerrechtlich, bevorzugt werden.

2 Zuordnung der Gesellschaften und Verbände nach ihrem Zweck

Nach dem bisherigen japanischen Rechtszustand konnten nichtwirtschaftliche Personenvereinigungen nach dem BGB durch staatliche Konzessionierung „konzessionierte Idealvereine“ und damit zu juristischen Personen werden. Wirtschaftliche Personenvereinigungen, also Handelsgesellschaften (oHG, KG, AG und GmbH), konnten nach dem HGB (oder dem GmbH-G) mit Eintragung in das

[5] Im französischen Recht ist die Rechtsform der AG für große, börsennotierte Unternehmen reserviert. Für kleine oder mittlere, geschlossene Unternehmen wurde neben der GmbH seit dem Jahr 1999, „die einfache Gesellschaft nach Aktien (société par action simplifée; SAS)“ bestimmt, wobei die Gestaltungsfreiheit sehr groß ist und sogar eine Einmann-Gesellschaft gegründet werden kann. Diese Benennung, nicht als „vereinfachte AG (SA simplifiée)“, sondern als „vereinfachte Gesellschaft nach Aktien“, vermag die Anwendung der gemeinschaftlichen Richtlinien betreffend die AG zu vermeiden (Philippe Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, 10e éd., 2005, p. 709 et s.)

[6] Handelsgesellschaften nach Anteilen sind die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Personenhandelsgesellschaft mit beschränkter Haftung (ähnlich der LLP -Limitied Liability Partnership- in den USA).

[7] Es gab und gibt keine wirtschaftlichen Vereine. Für einen wirtschaftlichen Zweck musste und muss grundsätzlich eine der Handelsgesellschaften gewählt werden.

Handelsgesellschaftsregister Handelsgesellschaften zu juristischen Personen werden. Allerdings wurden die Begriffe des nichtwirtschaftlichen Zwecks nach der herrschenden Meinung enger ausgelegt als im deutschen Recht. Deshalb bestand dazwischen eine Lücke, und es musste ein anderer Gesellschafts- oder Verbandszweck als der ideelle oder der wirtschaftliche konzipiert werden. Dieser Zweck wurde „Zwischen-Zweck" benannt. Schließlich ordnete die herrschende Meinung Gesellschaften oder Verbände nach ihrem Zweck den drei Gesellschaftstypen zu: ihren Gesellschaftszwecken (einem ideellen Zweck, einem wirtschaftlichen Zweck oder einem „Zwischen-Zweck") entsprechend konnte ein konzessionierter Idealverein, eine der Handelsgesellschaften oder ein „Zwischen-Verein" (nach besonderen Gesetzen) als juristische Person entstehen.

2.1 Der Begriff des Gesellschaftszwecks im japanischen Recht

Ideeller Zweck, nichtwirtschaftlicher Zweck

Nach § 34 des japanischen BGB a.F. konnten Personenvereinigungen, deren Zweck sich auf allgemeine Interessen bezog und nicht auf den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet war, durch Konzessionierung der zuständigen Behörde zu juristischen Personen werden, also Rechtsfähigkeit erlangen. Im Unterschied zum deutschen Recht wählte der Gesetzgeber in diesem Verbandsbereich das Konzessionssystem, nicht das System von Normativbedingungen.

Auf Grund dieser Vorschrift konnte ein konzessionierter Idealverein entstehen. Die japanische herrschende Auffassung legte die erste Voraussetzung, den Idealzweck („Beziehung zu allgemeinen Interessen"), so eng aus, dass dieser direkt auf allgemeine Interessen gerichtet sein musste. Deshalb musste der Idealverein buchstäblich direkt den ideellen Zweck verfolgen. Es war nicht genug, dass sein Zweck nichtwirtschaftlich war. Das war anders als in Deutschland, wo bei dem ideellen Zweck nur um einen nicht wirtschaftlichen Zweck handeln muss.

Was den Grund für das Konzessionssystem und die strikte Auslegung des ideellen Zwecks angeht, so wären folgende zwei Erklärungen möglich. Erstens war das Mistrauen gegen Verbände mit einem ideellen Zweck ausgeprägt. Zweitens setzte sich dieses Mistrauen weiter fort, weil japanische Behörden auf eigene Initiative viele angegliederte Verbände als konzessionierte Idealvereine begründet haben. Diese Vereine sind Brutstätte für etwas Unrechtes. Zum Beispiel, wenn ein derartiger Verein ausgetretene Beamte der damit zusammenhängenden Behörde beschäftigt und diese Beamte dann bevorzugte Gehälter beziehen. Dafür erhalten die Vereine Subventionen oder entgeltliche Aufträge. Solche Handlungen werden nicht so offensichtlich sein, wenn die angegliederten Vereine Tochtergesellschaften haben.

Die Lücke zwischen dem ideellen und dem nichtwirtschaftlichen Zweck wurde in erster Linie durch die enge Auslegung des ideellen Zwecks verursacht. Der Ge-

setzgeber des japanischen BGB scheint gedacht zu haben, dass der Idealverein nichts anderes als der nichtwirtschaftliche Verein ist. Wenn diese Auffassung noch immer bestehen würde, wäre keine Lücke im Gesellschaftsrecht entstanden. Allerdings beruhte diese Lücke, nicht nur auf der Begrenztheit des Begriffs vom ideellen Zweck, sondern auch auf der Begrenztheit des Begriffs vom wirtschaftlichen Zweck.

Wirtschaftlicher Zweck

Nach § 35 BGB a.F. und § 52 HGB a.F. konnten Personenvereinigungen, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet waren, unter den Voraussetzungen der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des HGB zu juristischen Personen werden. Wie oben schon erwähnt, sah das bisherige japanische Gesellschaftsrecht grundsätzlich zwei Typen von Gesellschaften im weiteren Sinne vor, von denen die ideellen Personenvereinigungen durch Konzession zu konzessionierten Vereinen wurden und die wirtschaftlichen Personenvereinigungen mit Eintragung zu Handelsgesellschaften wie oHG oder AG.

Nach der deutschen herrschenden Meinung bedeutet der wirtschaftliche Gesellschafts- oder Verbandszweck, dass er hauptsächlich darauf gerichtet ist, mit einem Geschäftsbetrieb nach außen Gewinne zu erzielen, die der Gesellschaft selbst oder ihren Mitgliedern in irgendeiner Weise zufließen sollen[8]. Eine ähnliche Beschreibung findet sich zwar auch in einflussreichen japanischen Lehrbüchern zum bürgerlichen Recht[9], die den Erfolg der deutschen Jurisprudenz übernommen haben[10], aber es ist anzunehmen, dass die japanische herrschende Meinung den wirtschaftlichen Zweck im Gesellschaftsrecht noch enger auslegen wird.

Nach der herrschenden Meinung unter japanischen Gesellschaftsrechtlern bedeutet der wirtschaftliche Gesellschaftszweck, dass er darauf gerichtet ist, mit Geschäftsbetrieben nach außen Gewinne zu erzielen, die an die Gesellschafter verteilt werden[11]. Dabei ist die Verteilungsweise von Gewinnen die Ausschüttung, das heißt, Dividende[12]. Dieser Meinung nach hat die Genossenschaft keinen wirt-

---

[8] Ulrich Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, 2003, Rn. 111.

[9] Z.B. Wagatsuma Sakae, BGB/Allgemeiner Teil, 1965, Japan, S. 137.

[10] Die „Mutterrechte" des japanischen BGB sind vor allem das französische Recht und das deutsche Recht. Trotzdem wurde die japanische Zivilrechtswissenschaft, nach dem Inkrafttreten des BGB, von der deutschen Jurisprudenz beherrscht. Mehrere einflussreiche deutsche Autoren wurden in Japan für die Rechtsauslegung herangezogen. Deswegen wurden sogar die Vorschriften, die aus dem französischen Recht stammen, auf der Grundlage der deutschen Rechtswissenschaft interpretiert. Seit den 70er Jahren wird das ausschließliche Angewiesensein auf die deutsche Rechtswissenschaft kritisiert. Heute forschen manche Zivilrechtler auch im französischen Recht.

[11] Diese Auffassung ähnelt der herrschenden Meinung im französischen Recht, aber in diesem Punkt wird sich nicht auf die französische Rechtswissenschaft berufen.

[12] Ohsumi/ Imai, Handelsgesellschaftsrecht I, 3. Auflage, 1991, Japan, S. 18.

schaftlichen Zweck[13], weil kein Gewinn durch Dividende an die Genossen verteilt wird. Damit hat die Genossenschaft weder einen wirtschaftlichen Zweck noch einen ideellen Zweck.

Die herrschende Meinung beruht darauf, dass der Anspruch auf Verteilung von Gewinnen, das Dividendenrecht, ein grundsätzliches Recht der Gesellschafter ist, und dass das Gesellschaftsrecht selbstverständlich davon ausgeht, obgleich dies in keiner Vorschrift klar vorgesehen ist. Diese Meinung entstand vor dem zweiten Weltkrieg, und wurde von einem berühmten Handelsrechtler aufgestellt. Er rechtfertigte die engere Auslegung des wirtschaftlichen Zwecks mit der Vorbeugung gegen Missbrauch von Gesellschaftsformen mit einem wirtschaftlichen Zweck, also von Handelsgesellschaften. Denn die Gründung eines Idealvereins benötigt eine staatliche Konzession. Wenn für den wirtschaftlichen Zweck bereits das Element des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes nach außen ausreichen würde, könnten ideelle Personenvereinigungen somit durch Eintragung als Handelsgesellschaften zu juristischen Personen werden, ohne durch eine staatliche Konzession kontrolliert zu werden[14]. Diese Denkweise, die aus dem allgemeinen Mistrauen gegen Verbände mit ideellen Zwecken und aus der Absicht der Unterdrückung der bürgerlichen sozialen Bewegung herrührt, wird heutzutage nicht mehr unterstützt. Aber die Folgerung dieser Argumentation, den wirtschaftlichen Zweck enger auszulegen, besteht weiter, weil die japanische Privatrechtswissenschaft, besonders die gesellschaftsrechtliche, auf einer Seite sehr pragmatisch ist und sich daher für Grundtheorien oder Grundbegriffe wenig interessiert.

3 Rechtliche Behandlung von Personenvereinigungen mit „Zwischen-Zweck“ („Zwischen-Verbände“)

Die engere Erfassung des wirtschaftlichen Zwecks, neben der schon erwähnten Beschränkung des ideellen Zwecks auf die Verfolgung allgemeiner Interessen, hat eine Lücke im japanischen Gesellschaftsrecht herbeigeführt. Daher war es unmöglich, dass Personenvereinigungen, deren Zweck weder auf allgemeine Interessen noch auf Geschäftsbetriebe und Gewinnverteilungen gerichtet ist (= „Zwischen-Verbände“), zu juristischen Personen werden, somit Rechtsfähigkeit erlangen. In die Lücke vom „Zwischen-Zweck“ gerieten Personenvereinigungen, deren Zweck auf gegenseitige Unterstützung oder Freundschaft unter Mitgliedern gerichtet war; z.B., Gewerkschaften, Genossenschaften, Vereine wie Alumni, Zirkel oder Kreise, etc. Das betrachtete die herrschende Meinung als problematisch und legte, weil die

[13] Es gibt jetzt in Japan kein einheitliches Genossenschaftsgesetz mehr, aber einzelne Gesetze, z.B. über die Agrargenossenschaft, die Verbrauchergenossenschaft etc. Früher gab es das einheitliche Genossenschaftsgesetz, das aus dem deutschen Recht stammte.

[14] Matsumoto, Johji, „der Begriff der wirtschaftlichen juristischen Personen“, Gesammelte Werke, Reprint, 1989, Japan, S.40.

Theorie der realen Verbandspersönlichkeit von Otto von Gierke in Japan (wie es heißt) einflussreich ist, folgende Lösung vor:

Erstens ermöglichte die Einführung der aus Deutschland stammenden Theorie des nichtrechtsfähigen Vereins, die das japanische BGB bislang nicht kannte, die „Zwischen-Verbände“ den juristischen Personen anzunähern.

Zweitens wurde vorgeschlagen, durch Ausdehnung des Begriffs des ideellen Zwecks „Zwischen-Verbände“ möglichst in den Bereich der Idealvereine einzubeziehen. Der Begriff des ideellen Zwecks könne dadurch ausgedehnt werden, dass nicht die Verfolgung der allgemeinen Interessen, sondern nur die Beziehung zu allgemeinen Interessen vorausgesetzt sei. Diese Auslegung wurde in der Praxis nicht akzeptiert, führte aber zum heutigen Gesetzgebungsgedanken des Dualismus im Gesellschaftsrecht, vom wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Zweck (Handelsgesellschaften und allgemeine Vereinen).

Drittens sind viele Spezialgesetze für „Zwischen-Verbände“ entstanden, z.B., verschiedenartige Genossenschaftsgesetze und das Gewerkschaftsgesetz. Schließlich ist im Jahr 2002 ein allgemeines Gesetz für „Zwischen-Verbände“ in Kraft getreten, welches die juristische Person mit Zwischenzweck regelt (Zwischen-Vereinsgesetz). Dies hat den Weg zur Rechtsfähigkeit für allen privatrechtlichen Personenvereinigungen, einschließlich „Zwischen-Verbänden“, geebnet. Aber nach dem Zustandekommen des neuen Allgemeinen Vereins- und Stiftungsgesetzes ist das Zwischen-Vereinsgesetz bereits abgeschafft worden. Weil der nichtwirtschaftliche Zweck des „allgemeinen Vereins“ nicht direkt auf allgemeine Interessen gerichtet zu sein braucht, können auch „Zwischen-Verbände“ als „allgemeine Vereinen“ zu juristischen Personen werden. Allerdings können sie nicht zu „gemeinnützigen Vereinen“ nach dem Gemeinnützigen Vereins- und Stiftungsgesetz werden.

4 Non-profit Organisations

Wie oben schon gesagt, gab es im bisherigen japanischen Recht grundsätzlich drei Wege zur juristischen Person. Dabei beschränkte sich der konzessionierte Idealverein auf Personenvereinigungen mit dem Zweck der Verfolgung allgemeiner Interessen und die Handelsgesellschaften auf Personenvereinigungen mit dem Zweck des Geschäftsbetriebs nach außen und der Gewinnverteilung. Dazwischen konnten „Zwischen-Verbände“, die weder einen ideellen noch einen wirtschaftlichen Zweck hatten, durch das Zwischen-Vereinsgesetz oder sonstige besondere Gesetze Rechtsfähigkeit erlangen. Damit wurde die Lücke im Gesellschaftsrecht rechtlich gefüllt.

Aber tatsächlich blieben immer noch Personenvereinigungen, die keine Rechtsfähigkeit erlangen konnten, weil das Konzessionssystem für den Idealverein galt. Anders als beim System der Normativbedingungen, wird im Konzessionssystem eine Konzession als Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit von einer staat-

lichen Behörde erteilt. Zwar beschränkt sich ein behördliches Ermessen auf ein gewissen vernünftigen Bereich, aber in der japanischen Praxis benötigte die Konzession beispielsweise ein großes Stammvermögen, mehr als 100 Millionen Yen, und eine Vielzahl von Mitglieder, zur Sicherung einer dauerhaften Betätigung.

Unter diesen Voraussetzungen war es nicht möglich, dass kleine Gruppen von Freiwilligen, die zu so genannten Non-profit Organisations (NPO) gehörten, Rechtsfähigkeit erlangten, obwohl ihr Zweck ideell war. Diese rechtliche Situation der NPO entsprach auch exakt der niedrigen Wertschätzung für sie in der herkömmlichen japanischen Gesellschaft. Mittlerweile verursachte ein riesiges Erdbeben in der Kobe Gegend im Jahr 1995 eine Katastrophe, worauf viele Gruppen von Freiwilligen im Hilfsdienst tätig waren. Dadurch wurde die soziale Wichtigkeit der Freiwilligen-Bewegungen (Gruppen von Freiwilligen oder NPO) endlich auch in Japan erkannt. Außerdem wurde die Notwendigkeit gesehen, den Gruppen von Freiwilligen Rechtsfähigkeit zu verleihen. Im Ergebnis ist das Gesetz über die NPO („NPO-Gesetz“) entstanden. Nach dem NPO-Gesetz kann eine NPO zur „NPO- Juristische- Person“ werden. Die Rechtsfähigkeit kann dabei viel einfacher erlangt werden als im Konzessionssystem. Zwar ist eine provinziale Genehmigung noch immer nötig, aber die Voraussetzungen der Genehmigung sind schon im Gesetz bestimmt und die zuständige Provinz besitzt wenig Ermessensspielraum bei der Beurteilung, ob eine Genehmigung erteilt werden soll oder nicht.

5 Abschließende Bemerkungen

Während das NPO-Gesetz die Lücke, die sich aus dem Konzessionssystem ergibt, weitgehend ausgefüllt hat, hat das Zwischen-Vereinsgesetz die Lücke zwischen dem ideellen und dem wirtschaftlichen Zweck geschlossen; allerdings wurde das japanische Gesellschafts- und Vereinssystem dadurch sehr kompliziert.

Nach dem Inkrafttreten des Handelsgesellschaftsgesetzes (2006) und des Allgemeinen Vereins- und Stiftungsgesetzes (2008) ist das Gesellschafts- und Vereinssystem in Japan simplifiziert worden. Nach dem Handelsgesellschaftsgesetz kann eine wirtschaftliche Personenvereinigung auf Grund des Normativsystems zu einer Handelsgesellschaft werden. Nach dem allgemeinen Vereins- und Stiftungsgesetz kann auch eine nichtwirtschaftliche Personenvereinigung auf Grund des Normativsystems zu einem eingetragenen „allgemeinen Verein“ werden. Ein allgemeiner Verein kann auf Grund des Genehmigungssystems, durch Anerkennung der Gemeinnützigkeit, zu einem „gemeinnützigen Verein“ werden. In diesem Zusammenhang besteht das NPO-Gesetz fort, weil die gesetzlichen Maßstäbe der Anerkennung der Gemeinnützigkeit relativ strikt sind und damit das NPO-Gesetzes weiterhin von Bedeutung ist.

In diesem Rechtszustand sind die gesetzlichen Regelungen über dem Gesellschafts- oder Verbandszweck reduziert worden. Nunmehr besteht lediglich § 33 des japanischen BGB fort, der nur an den ideellen und wirtschaftlichen Zweck

anknüpft und keine Definition dieser Zwecke enthält. Aber der Gesellschaftszweck könnte wie folgt ausgelegt werden.

Beim Gesellschaftszweck werden der nichtwirtschaftliche Zweck und der wirtschaftliche Zweck unterschieden. Infolgedessen ist der Begriff der Wirtschaftlichkeit ausschlaggebend. Nach dem Motiv des Allgemeinen Vereins- und Stiftungsgesetzes und dem Rechtsgedanken des Handelsgesellschaftsgesetzes bedeutet die Wirtschaftlichkeit die Ausschüttung von überschüssigen Summen. In Handelsgesellschaften bedeutet sie die Ausschüttung von Bilanzgewinnen. Im Unterschied zur früheren Auslegung des wirtschaftlichen Zwecks, ist der Geschäftsbetrieb nach außen nicht unerlässlich, weil der Überschuss auch ohne Erwerbsbetrieb hervorgebracht werden kann. Dieser Wirtschaftlichkeitsbegriff ähnelt der subjektiven Theorie, die die deutsche herrschende Meinung aufgegeben hat.

Die Problematik der Wirtschaftlichkeit ergibt sich meistens aus der Qualifizierung der Personenvereinigungen, deren Zweck auf gegenseitige Unterstützung oder gemeinsame Förderung der Wirtschaft gerichtet ist, wie zum Beispiel bei Genossenschaften. Nunmehr sind auch im japanischen Recht die Genossenschaften, die ehemals als nichtwirtschaftlich klassifiziert wurden, wirtschaftlich, weil die meisten japanischen Genossenschaften überschüssige Summen grundsätzlich zurückerstatten können. Die Personenvereinigungen hingegen, deren Zweck auf gemeinsame Förderung der Wirtschaft gerichtet ist, die aber keinen Überschuss verteilen, gehören zu den nichtwirtschaftlichen Personenvereinigungen. Daher können sie als allgemeine Vereine volle Rechtsfähigkeit erhalten.

Hierbei handelt es sich um einen Auffangcharakter des allgemeinen Vereins. Daraus könnten sich in der Zukunft verschiedene Schwierigkeiten ergeben, die das japanische Recht bisher nicht erfahren hat. Zum Beispiel könnte ein großer Verein entstehen, der keinen Überschuss vert6eilt, aber ein Erwerbsgeschäft betreibt und in seinem wirtschaftlichen Bereich äußerst konkurrenzfähig ist. Es ist zweifelhaft, ob das japanische Vereinsrecht oder sonstige Regelungen dafür wirksame Mittel besitzen.

B. Rezeption und Reform im Wirtschaftsrecht

Produktsicherheit und Produkthaftung – Zwillinge verschiedener Mütter?
Rezeption und wechselseitige Beeinflussung verschiedener Rechtsgebiete in der EU

Gerald Spindler

1 Einführung

Spricht man über Rezeption, wird üblicherweise darunter die (modifizierte) Auf- und Übernahme von Rechtsinstituten in eine andere Rechtsordnung verstanden,[1] neudeutsch „Legal Transplants".[2] Derartige Rezeptionsprozesse lassen sich indes nicht nur zwischen verschiedenen Rechtsordnungen, sondern auch zwischen supranationalen Organisationen, wie der EU, und ihren Mitgliedstaaten und überdies zwischen Rechtsgebieten beobachten. Ein solches Phänomen, das sich durch unterschiedliche Entwicklungspfade sowohl der Konvergenz als auch mitunter der Divergenz auszeichnet, stellt die Bewältigung der Risiken durch Produktfehler dar, die einerseits zivilrechtlich durch die Produkthaftung, andererseits öffentlich-rechtlich durch die Produktsicherheit reguliert werden. Beide Bereiche haben sich parallel entwickelt, überschneiden sich aber in den letzten Jahrzehnten zunehmend und beeinflussen sich wechselseitig.

---

[1] Ausführlich *Graziadei*, Transplants and Receptions, in: Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law, 1st ed. 2006, S. 442 ff., zum Begriff "transplant" und "reception" insbesondere S. 443 f.. Siehe zur Rezeption des französischen Code civil *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, S. 96 ff.

[2] So etwa *Fleischer*, NZG 2004, 1129 ff.; grundlegend *Watson*, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 2nd ed., 1993.

Im Folgenden wird zunächst ein geraffter Überblick über die verschiedenen Entwicklungspfade des Produkthaftungs- und -sicherheitsrechts gegeben (2.), um sodann Unterschiede, aber auch Überschneidungen zu beleuchten (3.). Damit wird der Blick auf Defizite und zukünftige von einem ganzheitlichen Regulierungskonzept getragene Verzahnungen zwischen beiden Gebieten frei (4.)

2 Die Entwicklung der Regulierung von Produktrisiken

2.1 Produkthaftung

Die Produkthaftung in Europa beruht im Wesentlichen auf zwei Säulen: Der verschuldensabhängigen und der verschuldensunabhängigen Haftung, beide im Deliktsrecht angesiedelt. Die vertragliche Produkthaftung spielt demgegenüber in fast allen Mitgliedstaaten der EU eine nur untergeordnete Rolle, was zu einem gewissen Teil durch die jeweiligen Vertriebsstrukturen bedingt ist, da einem Händler schwerlich eine Haftung für Produktschäden aufgebürdet werden kann, die er nicht kontrollieren kann.[3] Von diesen beiden Säulen ist die verschuldensunabhängige Produkthaftung (strict liability) europaweit vollharmonisiert,[4] die verschuldensabhängige Haftung ist demgegenüber seit Ende der sechziger Jahre, teilweise in Rezeption US-amerikanischer Vorbilder, historisch gewachsen[5] und hat zu einem großen Teil die entsprechende Produkthaftungs-Richtlinie der EU beeinflusst.[6]

Fasst man die Gemeinsamkeiten und Unterschiede beider Bereiche zusammen, ergibt sich folgendes Bild:

Gemeinsam ist beiden deliktischen Haftungen der Begriff des fehlerhaften Produktes als Auslöser einer Haftung, wobei für die Bestimmung des Fehlers die berechtigten Sicherheitserwartungen des Verkehrs maßgeblich sind. In beiden Haftungsbereiche sind primäre Anspruchsgegner die Hersteller, die das Produkt in den Verkehr geben, hilfsweise Importeure, die das Produkt in die EU eingeführt haben, erst in dritter Linie und nur sehr eingeschränkt „normale" Händler. Auch die erfassten Risiken stimmen weitgehend überein, da beide Haftungssäulen die

[3] Zu in europäischen Rechtsordnungen unternommenen Versuchen eine vertragliche Verbindung zwischen Hersteller und Produktnutzer „herbei zu argumentieren" siehe *v. Bar* Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, 1999, Rn. 392 und Band I Rn. 485 f..

[4] EuGH NJW 2006, 1409 (Skov Æg/Bilka Lavprisvarehus A/S; Bilka Lavprisvarehus A/S/Jette Mikkelsen, Michael Due Nielsen); dazu *Magnus*, GPR 2006, 121 (123); *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2004, Einleitung ProdHaftG Rn. 3.

[5] S. dazu das Gutachten von *Simits*, Verhandlungen des 47. DJT 1968, C 35 ff.; *Diederichsen*, Die Haftung des Warenherstellers, 1967. Ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung der deliktsrechtlichen Produzentenhaftung *Foerste*, in: v.Westphalen, ProdHaftHdB, 2. Aufl. 1997, § 18 Rn. 1 ff..

[6] Siehe auch die Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 9.6.1988, BT-Drucks. 11/2447, S. 11.

Haftung für Entwicklungsrisiken im Interesse von Innovationen und aufgrund der Unvorhersehbarkeit ausschließen. Ferner arbeiten beide Haftungsbereiche mit den gleichen Ansätzen für die Kausalität zwischen Produktfehler und Schaden.

Unterschiede bestehen naturgemäß im Ansatz beider Haftungsbereiche: Während die verschuldensabhängige Haftung auf die (schuldhafte) Verletzung von Pflichten abstellt, genügt für die strikte Haftung nach dem ProdHaftG bzw. der EU-Produkthaftungsrichtlinie ein fehlerhaftes Produkt und die kausale Herbeiführung von Schäden. Allerdings sind die Unterschiede in der Praxis nur marginal: Dadurch, dass die Rechtsprechung dem Hersteller die Beweislast dafür aufbürdet, dass er sich nicht pflichtwidrig verhalten hat, wird ihm sowohl das Konstruktions- und Herstellungsrisiko weitgehend zugewiesen; nicht viel anders verhält es sich nach dem ProdHaftG. Allerdings sieht die Haftung nach § 823 I BGB auch einen Pflichtenkanon für die Zeit nach der ersten Inverkehrgabe vor, die inzwischen in der Praxis einen bedeutenden Stellenwert erlangt hat, nämlich Produktbeobachtungs- und Rückrufpflichten, deren Reichweite noch nicht endgültig von der Rechtsprechung konkretisiert wurde.[7]

Demgegenüber unterscheiden sich beide Ansätze hinsichtlich des Schutzbereichs fundamental: Während für Deutschland die verschuldensabhängige Produkthaftung sich (abgesehen von Schutzgesetzen) alle Schäden an Eigentum oder Körper einbezieht, beschränkt sich die verschuldensunabhängige Produkthaftung auf Schäden an Leib und Leben für alle Nutzer, für Eigentum indes nur bei Verbrauchern als Nutzer – damit wird der große Bereich der B2B-Produkthaftung aus der verschuldensunabhängigen Produkthaftung ausgenommen, der den Löwenanteil aller Produkthaftungprozesse ausmacht und – bis auf einige Ausnahmen[8] – für die meisten höchstrichterlichen Entscheidung verantwortlich ist.[9] Das Vermögen wird indes in beiden Säulen nicht geschützt, allenfalls in der verschuldensabhängigen Haftung mittelbar durch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Last but not least beschränkt das ProdHaftG das Haftungsrisiko durch Höchstgrenzen für den Schaden – was für die Haftung nach § 823 I BGB iVm § 249 BGB nicht gilt. Demgegenüber sind die früher bestehenden Unterschiede hinsichtlich des Ersatzes immaterieller Schäden durch die Schadensrechtsreform 2002 entfallen, indem § 253 BGB als zentrale Norm für das Schmerzensgeld nunmehr auch für Gefährdungshaftungstatbestände gilt (siehe § 8 S. 2 ProdHaftG).[10]

---

[7] BGH, NJW 1990, 2560 - *Lederspray*; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 594; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1344; ausführlich dazu *Spindler*, in: Bamberger/Roth, 1. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 516 ff.

[8] Siehe hierzu die Rechtsprechung zu Befundsicherungspflichten im Zusammenhang mit berstenden Limonadenflaschen BGHZ 104, 323 ff.; BGH, NJW 1995, 2161 ff.; zuletzt BGH, NJW 2007, 762, dazu *Rothe*, NJW 2007, 740 ff..

[9] Charakteristisch der leading case *Hühnerpest* BGHZ 51, 91, aber auch die Entscheidungen *Benomyl*, BGHZ 80, 199, und *Derosal* BGH, NJW 1981, 1603, später s. etwa BGH, NJW 1996, 2224 (*Grimm`sches Leitrad*) oder BGHZ 138, 230 (*Transistor*), BGHZ 67, 359 (*Schwimmerschalter*).

[10] Näher dazu *Spindler* in: Bamberger/Roth, 1. Aufl. 2003, § 253 BGB Rn. 10.

2.2 Produktsicherheit

Das Recht der Produktsicherheit ist demgegenüber in seinen Wurzeln wesentlich älter und kann bis in das 19. Jahrhundert zurückverfolgt werden, da die Produktsicherheit häufig auch gleichzeitig Bestandteil der Anlagensicherheit war. Deutliches Beispiel hierfür ist das frühere Gesetz über technische Arbeitsmittel (Gerätesicherheitsgesetz – GSG) von 1968[11], das in einem Gesetz sowohl Fragen der Anlagensicherheit und technischen Sicherheit als auch der Produktsicherheit in sich vereinte. Schwerpunkt des Gesetzes waren technische Anforderungen an die Produkte (bzw. Anlagen) und Pflichten für die Betreiber, aber auch der Hersteller von Produkten. Sofern von einem technischen Arbeitsmittel eine Gefahr für Leben oder Gesundheit der Benutzer oder Dritter oder für ein anderes in einer Rechtsverordnung nach § 4 I GSG genanntes Rechtsgut drohte, hatte die zuständige Behörde alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um das Inverkehrbringen oder die Inbetriebnahme dieses Arbeitsmittels zu verhindern oder zu beschränken oder es aus dem Verkehr zu ziehen, was insbesondere auch hoheitliche Warnungen der Öffentlichkeit und die Anordnung des Rückrufs umfasste (§§ 5, 6 GSG).

Dass nationalstaatliche Anforderungen an die Produktsicherheit (und Gestaltung) den Handel zwischen den Staaten behindern kann, indem sie unterschiedliche Sicherheitsniveaus oder Lösungen festlegen, liegt auf der Hand. Daher ist es auch nicht erstaunlich, dass gerade der Produktsicherheitssektor eine der ersten Gebiete war, auf denen die EU harmonisierend tätig wurde. Allerdings stellte sich der ursprünglich gewählte Ansatz der EU der vollständigen Harmonisierung und technischen Normierung in einer produktspezifischen Richtlinie schnell als untauglich heraus, da die Richtliniensetzungsprozesse nicht mit dem technischen Fortschritt und der Diversität der Produkte Schritt halten konnten.[12] Dem trug die EU mit der Entschließung des Rates vom 7.5.1985 über eine Neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung[13] Rechnung, sog. „New Approach". Grundlage des New Approachs ist zum einen das durch die Entscheidung des EuGH Cassis de Dijon[14] vorgezeichnete Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, wonach die Regelungen der Mitgliedsstaaten zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Bürger und die Vorschriften des Verbraucherschutzes grundsätzlich gleichwertig sind,[15] zum anderen die Harmonisierung durch EU-Richtlinien, welche jedoch keine Detailharmonisierung vornehmen, sondern

---

[11] BGBl. I, S. 866.

[12] *Europäische Kommission*, Leitfaden für die Umsetzung der nach dem neuen Konzept und dem Gesamtkonzept verfaßten Richtlinien, 2000, S. 7.

[13] ABl. EG Nr. C 136, S. 1, siehe http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985Y0604(01):DE:HTML.

[14] EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon,* Slg. 1979, 649.

[15] *Wilrich*, GPSG, 1. Aufl. 2004, Einl. Rn. 38.

lediglich die wesentlichen Anforderungen an die Sicherheit festlegen. Zusammengefasst liegen dem New Approach folgende Prinzipien zugrunde[16]:

- Die Harmonisierung beschränkt sich auf die wesentlichen Anforderungen, die in den Anhängen der Richtlinien näher beschrieben werden[17].
- Nur Produkte, die den wesentlichen Anforderungen entsprechen, können in den Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden.
- Bei harmonisierten Normen, deren Fundstellen im Amtsblatt veröffentlicht und die in nationale Normen umgesetzt worden sind, ist eine Übereinstimmung mit den entsprechenden wesentlichen Anforderungen anzunehmen.
- Die Anwendung harmonisierter Normen oder anderer technischer Spezifikationen bleibt freiwillig, und den Herstellern steht die Wahl jeder technischen Lösung frei, solange die Konformität mit den wesentlichen Anforderungen gewährleistet ist. In diesem Fall muss der Hersteller die Gleichwertigkeit seiner Sicherheitslösung mit den abstrakten Sicherheitsanforderungen der Richtlinien bzw. des Gesetzes beweisen.
- Hersteller haben die Wahl zwischen verschiedenen Konformitätsbewertungsverfahren, die in den anwendbaren Richtlinien vorgesehen sind.

Den europäischen Normungsorganisationen CEN, CENELEC und ETSI fällt die Aufgabe zu, nach dem Stand der Technik technische Spezifikationen für Produkte in sog. harmonisierten Normen nieder zu legen. Indem Detailregelungen vom Gesetzgebungsverfahren auf die Verbandsarbeit verlagert werden, soll die oben angesprochene Flexibilität im Hinblick auf neue technische Entwicklungen gewährleistet werden.[18]

Die Neukonzeption der technischen Normung auf europäischer Ebene wird ergänzt durch das Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Normen und technischen Vorschriften[19], welches eine präventive Kontrolle der nationalen technischen Normung zur Vermeidung erneuter technischer Handelshemmnisse sowie ggf. die Ingangsetzung einer europäischen Normung in dem betreffenden

---

[16] *Europäische Kommission*, Leitfaden für die Umsetzung der nach dem neuen Konzept und dem Gesamtkonzept verfassten Richtlinien, 2000, S. 7.

[17] Siehe beispielsweise Siehe beispielsweise Anhang I der Richtlinie 98/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für Maschinen, ABl. EG L 207 vom 23.7.1998, S. 1. Die Maschinenrichtlinie wurde in nationales Recht umgesetzt durch die Neunte Verordnung zum Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (Maschinenverordnung 9. GPSGV) vom 12.5.1993, BGBl. I, S. 704, 2436, zuletzt geändert am 6.1.2004 (BGBl. I, S. 2), siehe dort § 2 (Sicherheitsanforderungen). Die neue Maschinenrichtlinie 2006/42/EG vom 17.5.2006 (ABl. EG L 157) muss bis 29.6.2008 umgesetzt werden.

[18] *Wilrich,* GPSG, 1. Aufl. 2004, Einl. Rn. 39.

[19] Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. EG L 204, S. 37 und Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften.

Gebiet ermöglichen soll. Hinzu kommt das „Globale Konzept für Zertifizierung und Prüfwesen“ der Kommission vom 15.6.1989[20] im Zusammenhang mit dem in den Richtlinien vorgesehenen Konformitätsbewertungsverfahren und dem CE-Kennzeichen.

Die Einhaltung der harmonisierten technischen Normen ist für den Hersteller *freiwillig*; er ist an sie nicht gebunden und kann das von der EU-Richtlinie geforderte Sicherheitsniveau auf einem anderen technischen Weg erreichen. Die Vermutungswirkung bildet jedoch einen *Anreiz* zur Einhaltung der technischen Normen.[21] Entscheidet sich der Hersteller nicht nach den Vorgaben einer harmonisierten Norm zu produzieren, trägt er die Beweislast dafür, dass sein Produkt den Vorgaben der einschlägigen Richtlinie entspricht.[22] Diese Kombination von Freiwilligkeit und positiver Vermutungswirkung kann auch als „sanfter Zwang“ zur normgerechten Produktion bezeichnet werden.[23]

Dieser allgemeine Ansatz, der zunächst nur für einzelne Sektoren verfolgt wurde, wie etwa für Maschinen oder für Spielzeug, aber nicht generell alle Produkte erfasste, wird seit wenigen Jahren flankiert und überwölbt durch eine allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie[24], die in Deutschland zunächst durch das Produktsicherheitsgesetz (ProdSG)[25], nach ihrer Neufassung durch Richtlinie 2001/95/EG[26] durch das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG)[27] umgesetzt wurde, das aufgrund seines geringen Bekanntheitsgrades, aber große Bedeutung für die Industrie kurz skizziert sei:

Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 GPSG gilt das Gesetz für das „Inverkehrbringen und Ausstellen von Produkten, das selbständig im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung erfolgt.“ Das Gesetz statuiert in §§ 4 und 5 GPSG besondere Pflichten beim Inverkehrbringen von Produkten für Hersteller, Importeure, Händler und vom Gesetz gleichgestellte Personen und regelt zusätzlich nachgelagerte Pflichten zum Produktrückruf und zur Beobachtung.

Weder die Produktsicherheitsrichtlinie noch das GPSG selbst enthalten indes eine Definition des Produktbegriffes.[28] Beide Regelungen setzen den Begriff des Produkts vielmehr voraus und grenzen ihren Anwendungsbereich auf bestimmte Produktarten ein (Art. 2 Richtlinie 2001/95/EG, § 2 GPSG). Der vom GPSG

---

[20] ABl. EG 1989, C 267.

[21] *Wilrich,* GPSG, 1. Aufl. 2004, § 4 GPSG Rn. 28.

[22] *Wilrich,* GPSG, 1. Aufl. 2004, Einleitung Rn. 39.

23 *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 159.

[24] Richtlinie 92/59/EWG des Rates vom 29. Juni 1992 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. EG Nr. L 228 S. 24.

[25] BGBl. I S. 934.

[26] Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. EG Nr. L 11 S. 4.

[27] Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz - GPSG) vom 6. Januar 2004, BGBl. I S. BGBl. I S. 2, ber. S. 219.

[28] *Klindt*, GPSG, 1. Aufl. 2007, § 2 GPSG Rn. 3.

verwendete Produktbegriff umfasst gemäß der in § 2 Abs. 1 GPSG enthaltenen Begriffsbestimmung technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte. Nach der in § 2 Abs. 2 GPSG enthaltenen Legaldefinition sind technische Arbeitsmittel verwendungsfertige Arbeitseinrichtungen, die bestimmungsgemäß ausschließlich bei der Arbeit verwendet werden, sowie deren Zubehörteile. Da insofern auf die Verwendung zu geschäftsmäßigen Zwecken abgestellt wird, fallen Produkte, die von Verbrauchern in Anlehnung an § 13 BGB weder zur gewerblichen noch zur selbständigen beruflichen Tätigkeit genutzt werden, aus dem Definitionsbereich der technischen Arbeitsmittel heraus.[29] Verbraucherprodukte sind demgegenüber gem. § 2 Abs. 3 GPSG „Gebrauchsgegenstände und sonstige Produkte, die für Verbraucher bestimmt sind oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen von Verbrauchern benutzt werden können, selbst wenn sie nicht für diesen bestimmt sind".

Schutzziel des GPSG ist – neben dem Schutz des Wettbewerbs durch Gewährleistung des Handels mit sicheren Produkten – der Arbeitsschutz und der Schutz der Verbraucher. Der Kreis der vom GPSG geschützten Produktverwender ist danach auf Verbraucher und Arbeitnehmer, die an oder mit technischen Arbeitsmitteln arbeiten, beschränkt.[30] In persönlicher Hinsicht schützt das Gesetz neben dem Produktverwender jedoch auch jeden Dritten (Bystander), der mit den Produkten in Berührung kommt, oder in ihren Gefahrenbereich gelangt, ohne sie selbst zu nutzen (vgl. § 4 Abs. 1, 2 GPSG).[31]

Das GPSG bezweckt jedoch nur den Schutz vor Gefährdungen der Sicherheit und Gesundheit von Verwendern und Dritten (vgl. § 4 GPSG). Eigentums- und Vermögensschäden sind daher grundsätzlich nicht vom Schutzumfang des GPSG erfasst.[32] In der Literatur wird zwar vereinzelt vertreten, der Begriff „Sicherheit" (vgl. § 4 Abs. 1, 2 GPSG) sei nicht auf die Sicherheit von Leib und Leben beschränkt, sondern umfasse auch den Schutz des Eigentums und damit beispielsweise die unberechtigte Löschung von Daten.[33] Sicherheit bezieht sich nach § 4 Abs. 1, 2 GPSG jedoch auf die Sicherheit der Verwender und Dritter und damit auf deren persönliche Integrität.[34] Das Begriffspaar „Gesundheit und Sicherheit" ist insoweit nicht anders auszulegen, als die gleichlautende Formulierung in der Vorgängerregelung des § 6 Abs. 1 Satz 1 ProdSG[35]; im gleichen Sinne hatte auch

---

[29] *Geiß/Doll*, GPSG, 1. Aufl. 2005, B § 2 GPSG Rn. 12; *Zscherpe/Lutz*, K&R 2005, 499; *Runte/Potinecke*, CR 2004, 725 (726).

[30] *Wilrich,* GPSG, 1. Aufl. 2004, Einl. Rn. 2, 4.

[31] *Wilrich,* GPSG, 1. Aufl. 2004, Einl. Rn. 5.

[32] *Wilrich,* GPSG, 1. Aufl. 2004, Einl. Rn. 6.

[33] *Runte/Potinecke*, CR 2004, 725 (728).

[34] *Wilrich,* GPSG, 1. Aufl. 2004, Einl. Rn. 6; ebenso zu § 6 ProdSG: *Klindt*, ProdSG, 1. Aufl. 2001, § 4 ProdSG Rn. 8.

[35] *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2004, § 823 BGB Rn. 619; *Wagner*, BB 1997, 2541 (2542); *Klindt*, ProdSG, 1. Aufl. 2001, § 6 ProdSG Rn. 5; *Foerste*, in: v.Westphalen, ProdHaftHdB, 2. Aufl.

der BGH zum alten § 3 GSG entschieden.[36] Entsprechend ist der Begriff „Gefahr“ in der nur für Verbraucherprodukte geltenden Vorschrift des § 5 GPSG auszulegen (vgl. § 5 Abs. 2 GPSG). Allerdings kann der Schutzbereich im europäisch-harmonisierten Bereich auf Grundlage von § 3 Abs. 1 GPSG per Rechtsverordnung auf weitere Rechtsgüter erstreckt werden.[37] Im nicht harmonisierten Bereich ist der Schutzumfang hingegen auf die Abwehr von Personenschäden beschränkt. Das Gesetz bezweckt demnach nicht die Sicherung der Qualität von Produkten allgemein.[38]

Gem. § 4 GPSG dürfen Produkte nur in Verkehr gebracht und ausgestellt werden, soweit sie den Anforderungen an die Produktsicherheit genügen. Hinsichtlich der Anforderungen ist zu unterschieden zwischen Produkten, welche europäischen Vorgaben entsprechen müssen („harmonisierter Bereich“) und solchen, die lediglich nationalen Anforderungen unterliegen.

Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 GPSG müssen Produkte so beschaffen sein, dass bei ordnungsgemäßer Verwendung oder vorhersehbarer Fehlanwendung Sicherheit und Gesundheit von Verwendern oder Dritten nicht gefährdet werden. Diese allgemeinen Sicherheitsanforderungen werden in § 4 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 4 GPSG (siehe auch Art. 2 lit. b, 3 Abs. 3 Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG) näher konkretisiert. § 4 Abs. 2 Satz 3 GPSG betont ausdrücklich, dass bei der Beurteilung der Produktsicherheit Normen und andere technische Spezifikationen zugrunde gelegt werden können.

Bei der Bestimmung der Pflichten der Hersteller nach dem GPSG ist zu berücksichtigen, dass die Herstellerpflichten – und daran anschließend die Befugnisse der zuständigen Behörde – grundsätzlich an eine Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit der Produktverwender und Dritter anknüpfen (§ 4 GPSG). Sie bleiben daher wegen der Ausklammerung von Eigentums- und Vermögensschäden zwangsläufig hinter den zivilrechtlichen Pflichten aus § 823 Abs. 1 BGB zurück, welche auch den Schutz des Eigentums und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Recht am Unternehmen) umfassen.[39] Gegenüber einem Hersteller können nach GPSG folglich nur dann behördliche Anordnungen ergehen, wenn dies zur Vermeidung von Personenschäden erforderlich ist.

1999, § 90 Rn. 26, § 91 Rn. 6; *Kullmann*, in: Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Stand Juni 2006, Kz. 2705, S. 8f.

[36] BGH NJW 2006, 1589 (1590); BGH NJW 1983, 812 (813) – *Hebebühne*; *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2004, § 823 BGB Rn. 618; *Peine*, GSG, 3. Aufl. 2002, § 3 GSG Rn. 158.

[37] Hierzu: *Wilrich,* GPSG, 1. Aufl. 2004, Einl. Rn. 6, § 3 GPSG Rn. 3.

[38] *Wilrich,* GPSG, 1. Aufl. 2004, Einl. Rn. 9; noch zum GSG: *Peine*, GSG, 3. Aufl. 2002, § 3 GSG Rn. 79.

[39] Dies wird zu wenig berücksichtigt von *Runte/Potinecke*, CR 2004, 725 (728), die beispielsweise auch Informationspflichten zur Datensicherung aus dem GPSG ableiten (die Autoren fassen jedoch – anders als die wohl überwiegende Meinung – unter den Begriff der Sicherheit auch Eigentums- und damit Datenschäden).

In § 4 Abs. 2 Satz 4 GPSG vollzieht der deutsche Gesetzgeber schließlich die europäische Konzeption für den nicht harmonisierten Bereich als eine Art „nationalen New Approach“[40] nach. Auch im nicht harmonisierten Bereich gilt somit eine Freiwilligkeit der Produktion nach technischen Normen. § 4 Abs. 2 Satz 3 GPSG formuliert lediglich, dass bei der Beurteilung der Produktsicherheit Normen und andere technische Spezifikationen zugrunde gelegt werden können. Aber auch hier gilt die aus dem New Approach stammende Vermutungswirkung zugunsten normkonform hergestellter Produkte. Nationales Gegenstück der europäischen harmonisierten Norm ist hier eine Norm oder sonstige technische Spezifikation, die (1) vom Ausschuss für technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (§ 13 GPSG) ermittelt und (2) von der beauftragten Stelle[41] im Bundesanzeiger bekannt gemacht wurde (§ 4 Abs. 2 Satz 4 GPSG). Anders als im europäischen Recht wird indes die Normsetzung nicht an private Normungsgremien wie das DIN oder die CEN delegiert, sondern in dem besagten gesetzlich geregelten Ausschuss vorgenommen.

Soweit Verbraucherprodukt im Sinne von § 2 Abs. 3 GPSG vorliegen, treffen den Hersteller die besonderen Pflichten nach § 5 GPSG. Der Hersteller ist daher insbesondere verpflichtet, über von dem Produkt ausgehende Gefahren zu informieren (§ 5 Abs. 1 Nr.1a GPSG), seinen Namen und seiner Adresse auf dem Produkt anzubringen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1b GPSG) und Vorkehrungen zu treffen, damit er imstande ist, zur Vermeidung von Gefahren geeignete Maßnahmen zu veranlassen, bis hin zur Rücknahme des Verbraucherprodukts, der angemessenen und wirksamen Warnung und dem Rückruf (§ 5 Abs. 1 Nr.1c GPSG). Gehen von den in Verkehr gebrachten Produkten Gefahren für die Gesundheit und die Sicherheit von Personen aus, hat der Hersteller unverzüglich die zuständige Behörde zu informieren (§ 5 Abs. 2 GPSG).

3 Unterschiede und Gemeinsamkeiten

Beiden Rechtsgebieten ist die Regulierung von Produktrisiken gemein, so dass einige Überschneidungen nicht verwundern:

So unterscheidet sich der Produktbegriff zwischen ProdHaftG und GPSG kaum: Zwar erfasst das GPSG nur Verbraucherprodukte und technische Arbeitsmittel, während das ProdHaftG sämtliche Produkte in dem Anwendungsbereiche einschließt, mithin auch gewerblich verwandte Produkte. Die eigentliche Frage aber, was ein Produkt letztlich ausmacht, wird im GPSG weitgehend nach den für das ProdHaftG bzw. die Produkthaftungsrichtlinie entwickelten Kriterien bestimmt.

[40] *Klindt*, NJW 2004, 465 (466).

[41] Bundesanstalt für Arbeitsmedizin und Arbeitsschutz, siehe § 2 Abs. 14 und § 12 GPSG.

Auch die technischen Standards spielen in beiden Bereichen eine erhebliche Rolle: Während das GPSG und die europäischen Produktsicherheitsrichtlinien ausdrücklich die technischen Normen des CEN (bzw. DIN) in die Regelungstechnik einbeziehen, finden technische Standards in das Produkthaftungsrecht Eingang über die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, die technische Standards weitgehend im Rahmen eines Anscheinsbeweises im Bereich der Fehlerhaftigkeit eines Produktes und der Pflichtwidrigkeit des Herstellers anwenden. Auch wenn technische Standards daher im Produkthaftungsrecht auf den ersten Blick nicht die gleiche rechtliche Wirkung wie im Produktsicherheitsrecht zeitigen, ist ihre faktische Wirkung doch fast gleichgewichtig.

Die Gemeinsamkeiten setzen sich hinsichtlich der Normadressaten fort, da beide Regelungsbereiche den Hersteller eines Produktes in den Blick nehmen und die unterschiedlichen Formen der Herstellung (Montage, Assembler, Quasi-Hersteller etc.) in vergleichbarer Weise behandeln.[42]

Die unterschiedlichen Ansätze – ex-ante Kontrolle bei der Produktsicherheit, ex-post bei der Produkthaftung (durch Internalisierung von externen Kosten beim Hersteller) – bedingen natürlich auch Unterschiede: So können verschiedene Fehlerkategorien von vornherein im Produktsicherheitsrecht, das auf Gefahrenabwehr ausgerichtet ist, keine Rolle spielen, während sie zusammen mit der Ableitung von Verkehrspflichten der Hersteller im Produkthaftungsrecht von zentraler Bedeutung sind. Allerdings sind trotz dieser unterschiedlichen Ansätze auch hier Überlappungen festzustellen, deren genaues Verhältnis indes noch weitgehend ungeklärt ist, insbesondere hinsichtlich der Pflicht zum Rückruf von Produkten, die nunmehr vom GPSG ausdrücklich normiert worden ist.

Darüber hinaus hat die zivilgerichtliche Rechtsprechung von vornherein eine weitergehende Rückbindung der Herstellerpflichten an technische Standards als im Rahmen eines Anscheinsbeweises abgelehnt. Vielmehr halten sich die Zivilgerichte eine „Hintertür“ offen, indem stets die Erschütterung des Anscheinsbeweises durch den Nachweis möglich ist, dass ein technischer Standard veraltet ist oder einer besonderen Gefahrenlage nicht gerecht wird.[43] Auch die behördliche Genehmigung (oder öffentlich-rechtliche Vermutung der Produktsicherheit bei normkonformen Produkten) vermag den Hersteller nicht vor einer Haftung zu

[42] Zum GPSG: *Geiss/Doll*, GPSG, 1. Aufl. 2005, § 2 GPSG Rn. 67 ff.; *Klindt*, GPSG, 1. Aufl. 2007, § 2 GPSG Rn. 76 ff.; zum ProdHaftG: *Taschner/Frietsch*, ProdHaftG, 2. Aufl. 1990, § 4 ProdHaftG Rn. 12 ff., 43 ff.; *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2004, § 4 ProdHaftG Rn. 4 ff., 15 ff., 20 ff.; zur deliktsrechtlichen Haftung: *Spindler*, in: Bamberger/Roth, 1. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 524 ff.; *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2004, § 823 BGB Rn. 556 ff.

[43] *BGH* NJW 1987, 372 (373); *BGH* NJW 1984, 801; *Marburger*, VersR 1983, 597 (600); *Foerste*, in: v.Westphalen, ProdHaftHdb, 2. Aufl. 1997, § 24 Rn. 41.

schützen, da die Gerichte seit jeher eine entsprechende Wirkung ausgeschlossen haben.[44]

4 Rezeption und übergreifende Regulierungsansätze

Betrachtet man diese Verzahnung, so scheinen keine Wünsche offen zu bleiben: Für besonders gefährliche Produkte, die Leib und Leben gefährden können, sehen produktspezifische Richtlinien und Normungen eine ex-ante Kontrolle vor, verbleibende Produktrisiken werden über die Produkthaftung aufgefangen, auch nach Ablauf einer vertraglichen Gewährleistungsfrist, so dass sich an sich ein kontinuierlicher Produktverbesserungsprozess ergibt. Denn gerade die „after-sale" eingreifenden Pflichten der Produktbeobachtung und gegebenenfalls Warnung (bzw. Rückruf) eines Produktes zwingen den Hersteller dazu, sich kontinuierlich über den Einsatz seines Produktes und über neue Erkenntnisse zu informieren

Indes sind trotz dieser eindeutigen Fortschritte verglichen mit der Rechtslage vor einigen Jahrzehnten zahlreiche neue Fragen entstanden, die der Klärung harren:

Eines der typischen Probleme der Produkthaftung, das sich allerdings keineswegs auf die Produkthaftung beschränkt, ist die Durchsetzung sog. „kleiner Ansprüche" (small claims): Gerade wenn Schäden nur ein geringes Ausmaß erreichen, bestehen für Verbraucher keine Anreize, diese Schäden geltend zu machen. Zwar mögen insgesamt diese Schäden volkswirtschaftlich betrachtet ein großes Ausmaß erreichen; doch besteht für den einzelnen Geschädigten kein Anlass, Schadensersatz zu verlangen, da die zu erwartenden Kosten einer Rechtsdurchsetzung höher sind als der Anspruch. Hier können nur „class actions" nach dem Vorbild des neuen § 10 UWG Abhilfe schaffen, indem Verbände den Gesamtschaden einfordern und anschließend verteilen. Allerdings könnte auch hier das Produktsicherheitsrecht eingreifen, sofern es sich um Verletzungen der vom GPSG bzw. den jeweiligen Richtlinien geschützten Rechtsgüter handelt; oftmals wird dies jedoch nicht der Fall sein, so dass auch hier Reformbedarf bestünde, wenn man nicht allein auf die skizzierte Verbandsklage zurückgreifen will.

Schwierigkeiten bereitet ferner die Haftung für sog. Kombinationsprodukte (oder auch Zubehörprodukte): Zwar hat die deutsche Rechtsprechung frühzeitig dem Grunde nach eine Haftung des Herstellers des Hauptproduktes auch für – sogar fremdes – Zubehör angenommen, wenn dem Hersteller entsprechende Gefahrenlagen bekannt waren. Bedingt durch die weiter voranschreitende Arbeitsteilung nimmt dieses Haftungsrisiko stetig zu, so dass die Ziehung der Grenzlinie zwischen den Produkten, die vom Hersteller beobachtet werden müssen, und den „irrelevanten" Produkten, immer bedeutsamer wird; vor allem Produkte, die funk-

[44] BGH, NJW 1987, 1009 (1011); BGH, NJW 1987, 372 (373); *Spindler*, in: Bamberger/Roth, 1. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 253, 490; *Krause*, in: Soergel, 13. Aufl. 2005, Anh II § 823 BGB Rn. 48, Anh III § 823 BGB Rn. 16; *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2004, § 823 BGB Rn. 275 f.

tional praktisch immer mit anderen Produkten eingesetzt werden, können nicht über diesen Leisten der Haftung für Kombinationsprodukte geschlagen werden, etwa Software, die typischerweise mit anderen Produkten zusammen eingesetzt wird.

Dies leitet über zu dem klassischen Paradigma des Produktsicherheits- und Produkhaftungsrechts, nämlich dem rechtsgutszentrierten Ansatz, der typischerweise nur bei Gefahren für Leib und Leben oder Eigentum eingreift, nicht aber bei reinen Vermögensschäden (pure economic losses). Im Zeitalter der zunehmenden Digitalisierung und der Ablösung physischer Produkte durch immaterielle Produkte, wie Software, bedarf es einer neuen Ausrichtung des „Eigentums", insbesondere von Daten und Informationen. Schon längst hat sich die Rechtsprechung von reinen Substanzverletzungen gelöst und stellt auch auf den reinen Funktionsausfall einer Sache ab; gleiches gilt für die logische Anordnung, wie etwa Karteikarten. Daher sollte es in Zukunft ein konsequenter Schritt sein, auf Funktionalitäten generell abzustellen und auch rein virtuell wirkende Ausschließlichkeitsrechte, etwa durch Urheberrechte, wie Eigentumsrechte zu behandeln. Darüber hinaus wird der Produkthaftung über Schutzgesetze verstärkt Bedeutung zukommen, da hier auch Vermögensschäden im Zusammenhang mit bestimmten gefährlichen Handlungen erfasst werden können, ohne dass notwendigerweise eine Eigentumsverletzung vorliegen muss.

5 Fazit

Das Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht haben eine wechselvolle Geschichte der gegenseitigen Befruchtung und Rezeption hinter sich und weisen heute einen hohen Stand der gegenseitigen Verzahnung auf. Sie ergänzen sich auf vielfältige Weise der ex-ante und ex-post-Regulierung von Produktrisiken. Dennoch bleiben auch in Zukunft etliche Handlungsfelder, insbesondere im Hinblick auf die grundsätzlich nicht erfassten Vermögensschäden, die in einer Welt der Digitalisierung zunehmende Bedeutung erlangen.

Literatur

Bamberger, H.-G. und Roth, H. (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, §§ 611-1296, 1. Auflage, C. H.Beck, München 2003.

v. Bar, C.: Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Jus Commune Europaeum, Erster Band, C. H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1996.

v. Bar, C.: Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Jus Commune Europaeum, Zweiter Band, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999.

Diederichsen, U.: Die Haftung des Warenherstellers, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1967.

Fleischer, H.: Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004, 1129.

Geiss, J. und Doll, W.: Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG), Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2005.

Klindt, T.: Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG), Verlag C.H.Beck, München 2007.

Klindt, T.: Produktsicherheitsgesetz (ProdSG), Verlag C.H.Beck, München 2001.

Klindt, T.: Das neue Geräte- und Produktsicherheitsgesetz, NJW 2004, 465.

Kullmann, H. J. und Pfister, B. (Hrsg.): Produzentenhaftung, Erich Schmitt Verlag, Berlin, Loseblattsammlung, Stand Juni 2006.

Magnus, U.: Die Produkthaftung des Zwischenhändlers vor dem EuGH, GPR 2006, 121.

Marburger, P.: Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regelung, VersR 1983, 597.

Peine, F.-J.: Gesetz über technische Arbeitsmittel (Gerätesicherheitsgesetz), 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2002.

Rebmann, K. und Säcker, F.-J. und Rixecker, R. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 – Besonderer Teil, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2004.

Reimann, M. und Zimmermann, R. (Hrsg.): The Oxford Handbook of Comparative Law, 1st ed., Oxford University Press, Oxford 2006.

Rothe, O.: Verkehrssicherung um jeden Preis? – Keine Haftung für explodierte Limonadenflasche (BGH, NJW 2007, 762), NJW 2007, 740.

Runte, C. und Potineke, H.: Software und GPSG – Anwendbarkeit und Auswirkungen des Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes auf Hersteller und Händler von Computerprogrammen, CR 2004, 725.

Simitis, S.: Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne?, in: Verhandlungen des Siebenundvierzigsten Deutschen Juristentages Nürnberg 1968, Band I (Gutachten) Teil C, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1968.

Soergel, H. T. (Hrsg.), neu hrsg. von Siebert, W.: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 10, §§ 823-853, ProdHaftG, UmweltHG 13. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2005.

Spindler, G.: Unternehmensorganisationspflichten – Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, Carl Heymanns Verlag, Köln Berlin Bonn München 2001.

Taschner, H. C. und Frietsch, E.: Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1990.

Wagner, G., Das neue Produktsicherheitsgesetz - Öffentlich-rechtliche Produktverantwortung und zivilrechtliche Folgen (Teil II), BB 1997, 2541.

Watson, A.: Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 2nd ed., University of Georgia Press, Athens 1993.

v. Westphalen, F.: Produkthaftungshandbuch, Band 1, 2. Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997.

v. Westphalen, F.: Produkthaftungshandbuch, Band 2, 2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999.

Wilrich, T., Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG), Springer-Verlag, Berlin Heidelberg New York 2004

Zscherpe, K. A. und Lutz, H.: Geräte- und Produktsicherheitsgesetz: Anwendbarkeit auf Hard- und Software, K & R 2005, 499.

Zweigert, K. und Kötz, H.: Einführung in die Rechtsvergleichung, J.C.B. (Paul Siebeck) Mohr, Tübingen 1996.

Product Liability Act of 1994 and its Implementation in Japan
Comparative Study on EC Product Liability Directive and U.S. Strict Liability Laws

Toshimitsu Kitagawa

1 Introduction

This paper was originally prepared for my power point presentation at the Joint Symposium (Reform im deutschen und japanischen Recht; Symposium der Juristischen Fakultäten) by the Georg-August-Universität Göttingen and Kansai University School of Law held at Göttingen University from September 11 to September 13, 2006.

The purpose of this paper is to discuss the Japanese Product Liability Act of 1994 and its 10 years implementation. In relation to the formation of the Japanese Product Liability Act, this paper will introduce some Japanese theories and will analyse the influence of the EC Product Liability Directive over the Japanese Product Liability Act. It will also cover some aspects of Corporate Product Safety Activities.

2 Formation of the Product Liability Act in Japan

2.1 Reasons for formation of the Product Liability Act in Japan

In Japan, during the 1980s, in line with technological developments and the introduction of more technologically advanced consumer goods and industrial products into the market, product related personal injuries, death and property damage increased. Due to this, better compensation for such injuries or loss particularly through court actions, was gradually required.

Supporting arguments to form a Product Liability Act were;

- to provide quicker and more reasonable relief for injury or damage caused by defective products;
- to reduce the heavy burden on the plaintiff to establish the defendant's breach under tort liability laws; and
- to meet pressure from foreign countries seeking an "equal playing field" in the international market in distributing products.

However, some objected to the formation of the Product Liability Act, arguing that the Product Liability Act would adversely impact:

- corporate activities for research and development (R&D);
- corporate incentives for development of innovative products; and
- middle and small-sized enterprises; and would create a litigious society like that of the U.S.A.

The Product Liability Act was passed on July 1, 1994 as Act No.85, 1994, and implemented on July 1, 1995.

2.2 The Relationship between the Japanese Civil Code and the Product Liability Act

The Product Liability Act is a special Act to the Civil Code (Act No.89, 1896) as stated in Article 6 of the Product Liability Act. Article 6 provides that "in so far as this act does not provide otherwise, the liability of the manufacturer, etc. for damages caused by a defect in the product shall be subject to the provisions of the Civil Code".

Before the implementation of the Product Liability Act, in Japan, compensation for damage or loss caused by product related accidents were principally sought based on

- Article 415 of the Civil Code (Breach of Contract Liability),
- Article 570 of the Civil Code (Warranty Liability), or
- Article 709 (Torts Liability) of the Civil Code.

2.3 Influence of the EC Product Liability Directive

It is generally stated that the model product liability law for Japanese Product Liability Act is the EC PL (Product Liability) Directive (the "EC PL Directive") rather than the U.S. Strict Liability Law as reviewed below.

(a) In fact, the Japanese Product Liability Act adopted a non-fault liability system and the legal theory of "Development Risk" as provided in Article 37 and Article 15.1(b) of the EC PL Directive. The Japanese Product Liability Act provides for the "Development Risk" in Article 4 (Exemption). Article 4 of the Japanese Product Liability Act states that "in cases where Article 3 applies, the manufacturer, etc. shall not be liable as a result of Article 3, if he proves that the state of scientific or technical knowledge at the time when the manufacturer, etc. delivered the product was not such as to enable the existence of the defect in the product to be discovered".

(b) However, the following points under the EC PL Directive were not adopted by the Japanese Product Liability Act.

(i) the first point is regarding the "Limitation of Liability for Damage of Property". Under the EC PL Directive, recovery of damage to property is limited to only damage caused by personal use or consumption (Article 9 of the EC PL Directive); however, under the Japanese Product Liability Act, damage may be caused by any use or consumption, not just personal use or consumption;

(ii) the second point is that the EC PL Directive applies to natural agricultural products or game animals, whereas the Japanese Product Liability Act applies only to movable property which is manufactured or processed (Article 2 of the Japanese Product Liability Act);

(iii) the third point is that under the EC PL Directive, the total damages recoverable for personal injury are limited to an amount which is 7,000 or more ECU (Article16). The Japanese Product Liability Act does not provide any particular limit to the total damages recoverable for personal injury; and

(iv) finally, the EC PL Directive states that there is no liability for damage to property below 500ECU (Article 9), whereas the Japanese Product Liability Act does not put a minimum threshold on damage to property.

2.4 Comparisons with U.S. Strict Liability Laws (Restatement (Third) of the Law, Torts, Product Liability)

(i) Strict liability theory -- not in Japan
(ii) Alternative design requirement under design defect cases ---- not in Japan
(iii) Punitive Damages --- not in Japan

3 Outline of the Japanese Product Liability Act (the "Act")

3.1 What is the "purpose" of the Act?

"The purpose of the Act is to relieve the injured person by setting forth liability of the manufacturer, etc. for damages when the injury in respect of life, body, property is caused by a defect in the product, and thereby to contribute to the stabilization and improvement of peoples' lives and to the sound development of the national economy" (Article 1).

3.2 To which "products" does the Act apply?

"Product" means movable property manufactured or processed (Article 2).

Movable property means goods (except for real estate and (except for real estate and fixtures (Civil Code Article 86). Goods are tangible assets (Civil Code Article 85).

<Not-applicable>	<Applicable>
- know-how, computer software	- second-hand (used) goods
- energy (i.e. Electricity)	- each component of a house or a building
- unprocessed natural goods	
- waste	

3.3 What is a "defect" under the Act?

"Defect" means that the product fails to meet ordinary safety standards, taking into account:

- the nature of the product;
- the ordinarily foreseeable manner of use of the product;
- the time when the manufacturer, etc, delivered the product; and
- other circumstances concerning the product (Article 2)

3.4 Who is liable under the Act?

- any person who manufactured, processed, or imported the product as a business ("manufacturer") (Article 2 (3) (i) of the Act);
- any person who, by putting his name, trade name, trade mark or other feature ("representation of name, etc.") on the product presents himself as its manufacturer, or any person who puts the representation of their name, etc. on the product in a manner mistakable for that of the manufacturer (Article 2 (3) (ii) of the Act);

- apart from any person mentioned in (a) and (b) above, any person who, by putting the representation of their name, etc. on the product, may be recognized as its manufacturer-in-fact, in light of the circumstances concerning manufacturing, process, importation or sales, and other circumstances (Article 2 (3) (iii) of the Act).

3.5 What is "Product Liability" under the Act?

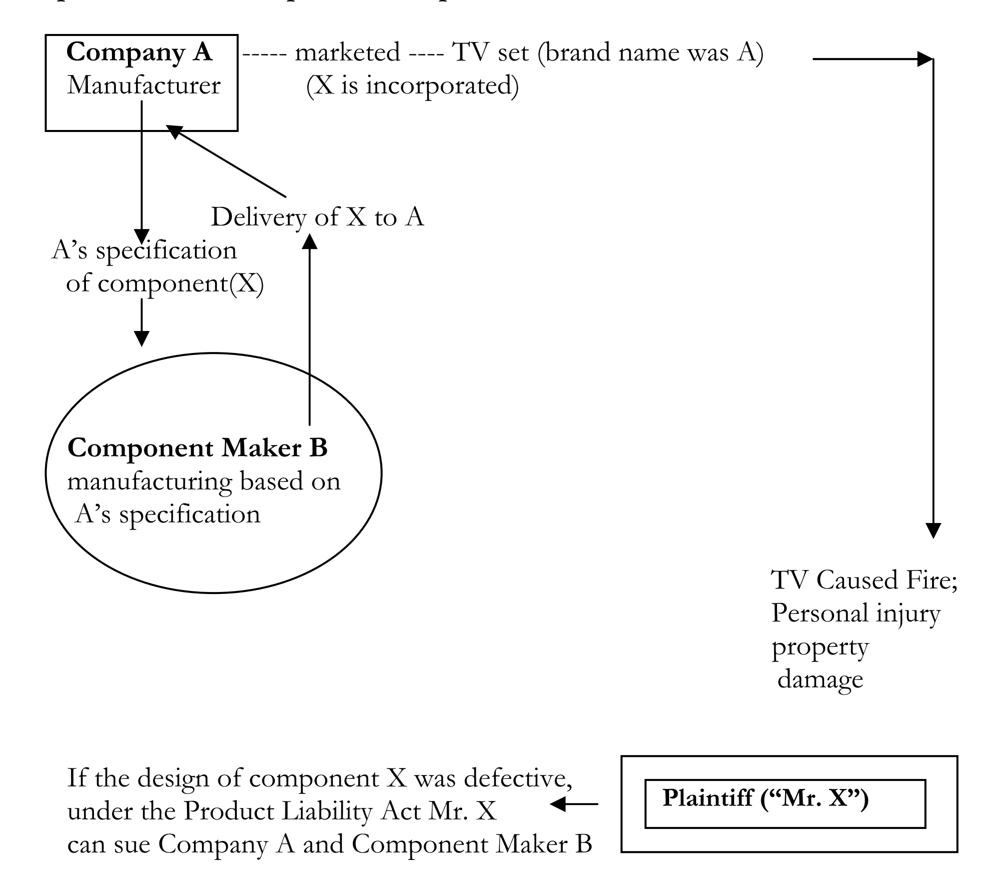
The manufacturer, etc. shall be liable for damages arising from the infringement of life, body or property of others which is caused by a defect in his delivered product which was manufactured, processed, imported or provided with the representation of his name, etc. as described in subsection 2 or 3 of section 3 of Article 2 of the Act. However, the manufacturer, etc. is not liable when only the defective product itself is damaged (Article 3).

3.6 What are the exemptions for Product Liability?

In cases where Product Liability applies under this Act, the manufacturer, etc. shall not be liable if he proves;

- that the state of scientific or technical knowledge at the time when the manufacturer, etc. delivered the product was not such as to enable the existence of the defect in the product to be discovered; or
- in cases where the product is used as a component or raw material of another product, that the defect is substantially attributable to compliance with the instructions concerning the specifications given by the manufacturer of the said other product, and that the manufacturer, etc. is not negligent with respect to the occurrence of such defect.

Explanation of Exemptions: Component or Raw Material Manufacturers



Component Maker B is not liable, if the defect of component X is substantially attributable to compliance with the instructions concerning the specifications given by Company A of component X, and that B is not negligent in respect of the defect.

3.7 For how long is the manufacturer etc. liable?

The right to seek damages shall be extinguished by prescription if the injured person or his legal representative does not exercise such right within 3 years from the time when he becomes aware of the damage and the party liable for the damage.

The same shall also apply upon the expiry of a period of 10 years from the time when the manufacturer, etc. delivered the product. However, such 10 year period shall be calculated from the time when the damage arises, where such damage is caused by substances which are harmful to human health when they remain

or accumulate in the body, or where the symptoms for such damage appear after a certain latent period (Article 5 of the Act).

1. From the time when he becomes aware of the damage and the liable party for the damage --- 3 years
2. From the time when the manufacturer, etc. delivered the Product into the market --- 10 years

3.8 Is the Civil Code applicable to the Act?

In so far as the Act does not provide otherwise, the liability of the manufacturer, etc. for damage caused by a defect in the product shall be subject to the provisions of the Civil Code (Act No.89, 1896).

4 Implementation of the Product Liability Act in Japan (Enacted on July 1, 1995)

4.1 Number of Product Liability Lawsuits over 10 years (July 1995-September 2005)

Total number of lawsuits brought under the Product Liability Act:	83
Pending	22
Withdrawn	1
District Court Judgment (Final)	44
Appeal Court / Supreme Court (Final)	11
Settlement after litigation	27

4.2 In how many lawsuits has the plaintiff won the case?

Among Total 55 Cases (44 plus 11, see item 1. above)		
Plaintiff won the Case:	27 Cases	49.1%
Plaintiff lost the Case:	28 Cases	50.9%
Recent 3 Years (2003-2005): 21 Cases		
Plaintiff won the Case:	12 Cases	57.1%
Plaintiff lost the Case:	9 Cases	

4.3 How many lawsuits per year?

Year	No. plaintiff won	No. plaintiff lost	Total
1995	0	0	0
1996	0	0	0
1997	0	0	0
1998	0	0	0
1999	2	3	5
2000	2	2	4
2001	4	7	11
2002	7	7	14
2003	7	5	12
2004	2	3	5
2005.9	3	1	4
Total	*27*	28	55

4.4 Types of defects

Nature of the defect in 27 Cases in which the plaintiff won:

- design Defects	7
- manufacturing Defects	14
- warning Defects	3
- no Judgment on Defects	3

4.5 Which products were the subject of product liability lawsuits?

Products litigated; top 13

1. Food
2. Cars
3. Machinery
4. Gas Apparatus
5. Medical Equipment
6. Dishes, Food Containers
7. Medicine
8. Home Electrical Appliances
9. Goods for Cars
10. Cosmetics
11. Bicycle
12. Computer Programs
13. Agricultural Produce

4.6 Amounts in damages awarded and claimed 1$=100Yen

Types of products litigated	*Awarded*	*(Claimed)*
1. Catheter; Brain Damage	$1,160,000	($1,580,000)
2. Car Audio Equipment; Economic Loss	$ 570,000	($ 570,000)
3. Medical Apparatus; Suffocation (baby)	$ 500,000	($ 820,000)
4. 0157 Colon Bacillus; Death (schoolchild)	$ 450,000	($ 770,000)
5. Chinese Herbal Medicine; Kidney Trouble	$ 330,000	($ 600,000)
6. Chinese Herbal Medicine; Kidney Trouble	$ 350,000	($ 810,000)
7. Cover for Car; Eye Injury	$ 280,000	($ 400,000)
8. Automatic Transfer Machine; Death	$ 240,000	($ 570,000)
9. Imported Olive Poisoning (12 persons)	$ 160,000	($ 170,000)
10. Mercedes Benz; Burn Down	$ 130,000	($1,230,000)
11. "Ishigaki" bream; Poisoning (8 persons)	$ 120,000	($ 330,000)
12. Dishes for School Dinners; Breakage; Injury	$ 110,000	($ 140,000)
13. Water exchange equipment; Flatfish Feeding Loss	$ 67,000	($ 2,500)
14. Cosmetic Tool; Skin Irritation	$ 40,000	($ 250,000)
15. Physical Damages; Car	$ 22,800	($ 155,400)
16. Bicycle for Kids; Injury	$ 12,200	($ 31,500)
17. Oven Range; Burn	$ 11,000	($ 88,000)
18. Fuel Additive for Automobile	$ 2,000	($ 2,000)
19. McDonald's Orange Juice; Throat Injury	$ 1,000	($ 500)

4.7 For how much were the cases settled

1. McDonald's Orange Juice Case (District Court Judgment $1,000)
   Settlement at the Appeal Court: $ 3,000 (Amount claimed $4,000)

2. Cover for Automobile; Eye Injury Case (District Court Judgment $285,500)
   Settlement at the Appeal Court: $250,000 ($408,400)

3. YUKIJIRUSHI (Snow Brand) Low Fat Defective Milk Case
   Settlement at the District Court: $ 11,000 & Apology ($ 661,400)

4. Medical Apparatus; Suffocation (baby) (District Court Judgment $550,000)
   Settlement at the Appeal Court: $530,000 ($823,000)

5. White Ant Extermination Insecticide; Illness
   Settlement at the District Court: $ 50,000 ($704,7000)

5 Product Safety Activities of Corporations

Before I became a Professor of Law 15 years ago, I worked for Toshiba Corporation (Japanese electric and electronics manufacturer) as their legal counsel, handling various corporate related "Accident and Compensation" legal matters.

When we review product liability relating to accidents caused by defective products, in general, it may be important to make corporate liability stricter when enforcing the Product Liability Act in Japan in order to compensate the injured party more smoothly and effectively. However, in respect of compensation to the injured party, it is important to increase corporate activities for product safety, including research and development, design, manufacturing, and warnings regarding products. Such positive assistance may include innovations in product safety technology, and the legal guidelines for product safety that I have been working to establish through my research on U.S. and Japanese product liability court judgments.

The corporate activities for product safety will lead to a prevention of future product related accidents in the market and, accordingly, will minimize or eliminate the need for future compensation in damages to the injured party.

Under the Japanese Product Liability Act, the corporation which is liable for the defect is liable for compensating the injured party. This can be justified under the legal theory of the Development of Risk, and the legal theory of the State of the Arts. The State is liable under the State Compensation Act in Japan.

For the purpose of analysing the product safety of corporations the activities of the "Research Meeting in respect of Utilization of the Failure of Knowledge" (the "Research Meeting") conducted by the Japanese Government in 2001 and its computer databases of the "failure cases" will be helpful. The Research Meeting is proposing a new legal system for indemnification of civil/criminal liability in order to achieve an effective investigation into which the cause of accidents. I understand that indemnification of liability of corporations or employees who cause accidents may be one of the items to be considered in certain circumstances. However, when we observe the cases involving corporate scandals in relation to accidents, we must understand the reasons why corporations knowingly engage in acts that can lead to the accidents which create those scandals even though they violate laws, and we must also understand how to prevent such corporate scandals from occurring. I have conducted a joint research program to determine the best method to prevent corporate scandals over the last two years. This program is financially sponsored by the Japanese Government.

Under Japanese laws including the Civil Code and the Product Liability Act, a corporation shall pay damages if it is liable for injury or damage. Therefore, if the liable corporations become bankrupt, the injured party cannot be compensated at all.

In the United States, recovery of punitive damages is available and it functions as a deterrent to the corporation. Punitive damages are not available in Japan because they violate Japanese public order and standards of decency, as stated in the court judgments (Tokyo District Court Judgment, April 28,1993, Mitsubishi Elevator Injury Case Judgment for the Defendant; Supreme Court Judgment, July 11, 1997, Mansei Kogyo Case; Denial of the Enforcement of California State Court Judgment for the defendant).

When we think of corporate liability, in addition to civil and criminal liability, administrative liability is also important. Furthermore, when we examine corporate-related “Accidents and Compensation”, it is important to review the corporate liability or responsibility extending to Corporate Governance and Corporate Social Responsibility (CSR).

For corporate activities for Product Safety, each corporation will be required to understand legal theories some of which are shown below, and these legal theories should be taken into consideration in relation to corporate activities for safety of design, safety of manufacturing, and warnings and instructions.

- risk Utility Test
- consumer Expectation Test
- deviation from Standards
- state of the Art
- industry Custom (Industry Standard)
- development Risk
- unavoidably Dangerous Aspect of Products
- usefulness of Product
- learned Intermediary Doctrine
- practical Technological Feasibility
- legislative or Administrative Regulatory Standards
- mandatory Governmental Contract Specifications
- patent Danger/ Open or Obvious Danger
- contamination by Foreign Items
- contamination by Foreign Items but Same or Similar Nature
- emergency Doctrine
- component Manufacturers’ Liability
- safety Device
- alternative Design
- crashworthiness
- increased Damages
- punitive Damages
- product for Children
- temperature of the Product
- reasonable Manufacture Test
- useful Safe Life

- preemption of Law
- res ipsa loquitur
- cost for Safety
- warning
- used Products
- heeding Presumption
- misuse
- modification Alternation of a Product
- assumption of Risk

Notes:

1. Statistical data in this paper is mainly based on "Yamaguchi, Nihon no PL Hanerei (Japanese PL Cases), Hyojunka to Hinshitsukanri (Standardization and Quality Control), Vol.58, No.12 2006, pages 51-61.
2. Information on the Japanese Product Liability Act and Product Safety are based on my publications, including
"T. Kitagawa Seizoubutsusekinin Hou no Chikujyu Kaisetsu (Commentary of Japanese Product Liability Act), Houseikenkyu Vol.61, No.3-4, Kyushu University, 1995, pages 1125-1186;
"T. Kitagawa Seihin Annzen Guideline no Kouchiku (Formation of Product Safety Guidelines) , Houseikenkyu Vol.63, No.3-4, Kyushu University, 1997, pages 951-1021;
"T. Kitagawa Beikokuno PL Hanrei ni Manabu (Corporate PL Defenses for U.S. PL Lawsuits), (Nikkagiren,1995);
"T. Kitagawa Seihinanzenn Guideline wo Kangaeru (Formation of Product Safety Guidelines based on U.S. PL Cases), (1) - (14), JCA Journal Vol.49, No.7 – Vol. 50, No.8, 2002-2003)

Internationale Reformeinflüsse im deutschen Privat- und Wirtschaftsrecht*

Alexander Bruns

1 Themenstellung

Internationale Reformeinflüsse im deutschen Privat- und Wirtschaftsrecht sind in ihrem ganzen Facettenreichtum nur schwer erfassbar und im Rahmen eines Kurzreferats allenfalls grob skizzierbar. Schwierigkeiten bereitet dabei nicht nur die im Detail ohnehin teilweise fragwürdige Abgrenzung zwischen Privat- und Wirtschaftsrecht, sondern vor allem die schlechthin unüberschaubare Materialfülle. Hinzu kommt die Gemengelage europäischer und angloamerikanischer Einflüsse, deren wissenschaftliche Analyse und Ordnung bislang vielfach nur punktuell und keineswegs erschöpfend geleistet ist, vielleicht insgesamt auch gar nicht geleistet werden kann. Vor diesem Hintergrund muss sich die folgende Skizze auf eine Zusammenstellung einiger ausgewählter Bereiche und wenige schlaglichtartige Hinweise beschränken. Die Darstellung nähert sich dem Thema zunächst über einige wichtige Grundparameter (II.) und wendet sich dann den Bereichen des Privat- und Wirtschaftsrechts zu (III. und IV.). Den Schluss bildet eine Zusammenfassung in Thesen (V.).

* Die Vortragsform wurde beibehalten und um Fußnoten ergänzt. Für die Mithilfe beim Fußnotenapparat danke ich meinen Mitarbeitern Annina Schramm, Michael Heese und Gregor Saremba.

2 Die Grundparameter internationaler Reformeinflüsse

2.1 Die internationale Konkurrenzlage

Die facettenreiche und vielschichtige internationale Konkurrenzlage im Wettbewerb der Rechtsordnungen lässt sich – grob gesprochen und mit aller gebotenen Vorsicht – durch drei Schlagworte charakterisieren: Ökonomisierung, Europäisierung und Amerikanisierung. Einfluss aus dem asiatischen Rechtskreis ist dagegen zwar wirtschaftlich, bislang aber nicht in Gestalt rechtlicher Reform festzustellen.

2.1.1 Ökonomisierung

Verbindende Klammer internationaler Entwicklungs- und Reformtendenzen ist die Ökonomie. Ständig wachsende internationale Handels- und Wirtschaftsbeziehungen erfordern geeignete rechtliche Rahmenbedingungen und stellen die Rechtsetzung ständig vor neue Herausforderungen. Dem ökonomisch radizierten Reformbedarf entspricht die Tendenz zu ökonomischer Analyse und Ausformung des Rechts[1]. Dieser Ansatz ist keineswegs eine rein US-amerikanische Erfindung, wenngleich er in den USA in der jüngeren Vergangenheit zu besonderer Blüte gelangt ist[2] und dadurch gegenwärtig auch in Europa eine Renaissance erlebt[3]. Jurisprudenz erfährt durch Ökonomisierung einerseits eine Horizonterweiterung, wird aber in seiner Funktion deutlich verändert und teilweise in fragwürdiger Weise sogar reduziert auf eine bloße Hilfswissenschaft der Wirtschaftswissenschaft[4]. Klassische Normsetzung tritt dabei in den Hintergrund, bestimmend wird wirtschaftlicher Pragmatismus, der die Rechtsregel als Wirtschaftshemmnis wahrnimmt, wo sie ökonomischer Entwicklung hinderlich ist. Der gegenwärtige Trend zur Ökonomisierung entspricht eher dem US-amerikanischen *legal realism* als der von Rechtsidee und abstrakter Norm geprägten kontinentaleuropäischen Rechtskultur[5].

---

[1] Grundlegend für das deutsche Zivilrecht: *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005.

[2] Zum Ganzen *Posner*, Economic Analysis of Law, 6. Aufl. 2003; aus früherer Zeit vgl. *Mataja*, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, 1888, S. 19 ff.; *Smith*, The Wealth of Nations, 1776 (reprint 1875), Book I, Chapter II, S. 26 ff. (allgemein zu Arbeitsteilung und Austausch); Book V, Chapter III, S. 368 ff. (zum internationalen Handel).

[3] Aus der jüngeren Diskussion in Deutschland vgl. zum Schuldrecht *Eidenmüller*, JZ 2005, 216; zum Kapitalschutzrecht *Heine/Röpke*, RabelsZ 70 (2006), 138; monographisch z.B. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005; *Faber*, Ökonomische Analyse der ärztlichen Aufklärungspflicht, 2005; *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, 2004.

[4] Zu diesem Phänomen im Haftungsrecht *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 49 ff.

[5] Hierzu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 243 f.

2.1.2 Europäisierung

Das deutsche Privat- und Wirtschaftsrecht ist heute in wichtigen Bereichen europarechtlich durchwirktes Recht[6]. Diese „Europäisierung" begegnet auf der Ebene des europäischen Primärrechts insbesondere in Gestalt von Waren- und Dienstleistungs- sowie Arbeitnehmerfreiheit, Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 23, 28, 39, 43, 49, 56 EG). Das ausfüllende Sekundärrecht setzt umsetzungsbedürftige privat- und wirtschaftsrechtliche Richtlinien und in jüngerer Zeit auch unmittelbar geltendes Verordnungsrecht. Europäisches Sekundärrecht ist dabei einerseits häufig ein Kompromiss und Brückenschlag zwischen ausgewählten europäischen Lösungsmodellen, so dass zum Teil auch inhaltlich eine Europäisierung im Sinne europäischer materieller Lösungsmodelle festzustellen ist. Ein Charakteristikum des europäischen Privatrechts ist der Verbraucherschutz, z.B. durch vertragliche Inhaltskontrolle, Widerrufsrechte und einseitig zwingende Mindestgewährleistungen[7]. Andererseits speist sich europäisches Sekundärrecht vielfach auch aus der Ideenretorte des US-amerikanischen Rechts, so dass auf dem Wege des EU-Rechts auch US-amerikanisches Gedankengut Eingang in die deutsche Rechtsordnung findet. Von einer materiellen „Europäisierung" kann also nur nach sorgfältiger Prüfung und mit Vorsicht gesprochen werden.

2.1.3 Amerikanisierung

Ob und inwieweit das deutsche Privat- und Wirtschaftsrecht einer Amerikanisierung unterliegt, darüber lässt sich im Einzelnen füglich streiten[8]. US-amerikanischem Grundmodell[9] entspricht – allerdings mit wichtigen Unterschieden im Detail – neuerdings auch der Zwang zur Gleichbehandlung im Vertragsrecht, wie ihn das soeben in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz anordnet[10]. Kommerzialisierung nach US-amerikanischem Vorbild könnte etwa in Gestalt von Haftungsausweitungen und -verschärfungen im Vertrags- und

---

[6] Hierzu etwa *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 39 ff.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 37; *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, a.a.O., S. 115.

[7] Guter Überblick bei *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998; *Bülow/Artz*, Handbuch Verbraucherprivatrecht, 2005.

[8] Wissenschaftliche Vorarbeiten sind Legion, z.B. *Hay*, in: Festschrift *Stoll*, 2001, S. 521; *Brockmeier*, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, 1999; *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik US-amerikanische punitive damages, 1999; *Müller*, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000; *Sonntag*, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, 2005; *Fritz*, Punitive/exemplary damages in den USA und ihre Qualifikation als Zivilsache, 2004.

[9] 42 USC § 1981; vgl. *McCrudden*, Anti-Discrimination Law, 2nd edition, 2004; zum japanischen Anti-Diskriminierungsrecht *Yamazaki*, International Comparison of Anti-Discrimination Laws, 2006.

[10] BGBl. 2006 I, 1897; zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577; kritisch zum Neuerungswert des Gesetzes *Säcker*, ZEuP 2006, 1, 5; zu arbeitsrechtlichen Aspekten *Annuß*, BB 2006, 1629; *Düwell*, BB 2006, 1741; zum Ganzen *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360.

Deliktsrecht[11] sowie in einer Steigerung von Schmerzensgeldsummen[12] zu erblicken sein; auch die Behandlung von Streuschäden und Strafschadensersatz sind Gegenstand der aktuellen rechtspolitischen Diskussion und waren Thema des 66. Deutschen Juristentages[13]. Beispielsweise sind auch im Kapitalgesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht Anleihen aus dem US-Recht keine Seltenheit[14]. Hinzu kommen neuere Entwicklungen im Zivilprozessrecht (z.B. Stärkung der Sachaufklärung[15]; Musterklagen[16], europäische Zwangsvollstreckung[17]) und vor allem im Insolvenzrecht (z.B. Restschuldbefreiung[18], Eigenverwaltung[19]), die ihren ideengeschichtlichen Ursprung in der Neuen Welt nicht verhehlen können. *In summa* kann man – bei aller gebotenen Vorsicht vor Verallgemeinerungen – in wichtigen Teilbereichen also durchaus eine gewisse Amerikanisierung der Privat- und Wirtschaftsrechtsordnung diagnostizieren.

2.2 Das rechtliche Instrumentarium internationaler Reformeinflüsse

Internationale Reformeinflüsse werden – abgesehen von den praktischen Auswirkungen der Rechtsvergleichung auf die Gesetzgebung – auf verschiedenen Wegen wirksam.

---

[11] Zu Kommerzialisierungstendenzen unlängst *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. A 24 ff.; *ders.*, NJW 2006, Beilage zu Heft 22, 5; *Staudinger*, NJW 2006, 2433; zur Haftungsverschärfung durch verschuldensunabhängige Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB *Kohler*, Jura 2006, 241.

[12] Z.B. *A. Diederichsen*, VersR 2005, 433; *Wagner*, JZ 2004, 319; *Jaeger*, ZGS 2004, 217; zu den Funktionen des Schmerzensgeldes *Göthel*, RabelsZ 69 (2005), 255.

[13] Hierzu *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, a.a.O., S. A 68 ff., 106 ff.

[14] Beispiele aus der Literatur: *Kuhner/Sabiwalsky*, Der Konzern 2006, 504; *Kulms*, ZVglRWiss 102 (2003), 272; zur Entwicklung im Gesellschaftsrecht siehe auch *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006, § 2 IV m.w.N.

[15] Musielak/*Stadler*, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 144 Rn. 1; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129; *Prütting*, FS *Musielak*, 2004, S. 397 ff.

[16] *Lüke*, ZZP 119 (2006), 131; *Maier-Reimer/Wilsing*, ZGR 2006, 79; *Franklin/Heydn*, ZVglRWiss 105 (2006), 313; *Hess*, ZIP 2005, 1713.

[17] Zur Steigerung der EG-weiten Freizügigkeit von Vollstreckungstiteln s. *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 2006, Rn. 55.2 ff., insbesondere Rn. 55.72 ff. zum europäischen Vollstreckungstitel.

[18] Zum rechtsvergleichenden Vorbild der Restschuldbefreiung in der InsO siehe Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucks. 12/2443, S. 100 ff.; *Kohte/Ahrens/Grote*, Verfahrenskostenstundung, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenzverfahren, 2006, Vor §§ 286 ff. Rn. 18 ff. m.w.N.

[19] Vgl. *Leipold*, Die Eigenverwaltung mit Sachwalter und die Eigenverwaltung bei Kleinverfahren, in *Leipold* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 165 ff; *Vallender*, WM 1998, 2129; monographisch *Gulde*, Die Anordnung der Eigenverwaltung durch das Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschluss, 2005.

2.2.1 Europarecht und Konventionszivilrecht

Das derzeit wichtigste Instrument zur Verwirklichung internationaler Reformeinflüsse in Deutschland ist das Europarecht mit seinen Grundfreiheiten einschließlich der Europäischen Menschenrechtskonvention[20], Richtlinien[21] und Verordnungen[22]. Hinzu kommen internationale Konventionen: UN-Kaufrecht[23], UNIDROIT-Konventionen über Factoring[24] und über Internationales Finanzierungsleasing[25], Konventionen über internationale Mobiliarsicherheiten[26] und über Reiseverträge[27], eine Vielzahl von Transportrechtsübereinkommen für unterschiedliche Transportmittel[28]. Kollisionsrecht setzt das ins EGBGB übernommene Rö-

---

[20] *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, a.a.O., S. 134 ff.; *ders.*, JZ 2005, 428, 429, 434 ff.; *Wagner*, ZeuP 2000, 200, 215 f.; *Theusinger*, Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das englische Zivilrecht, 2001.

[21] Überblicksdarstellung bei *Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl., 2005, § 6 Rn. 84 ff.

[22] Vgl. beispielsweise EuGVVO (Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung); EuVTVO (Europäische Vollstreckungstitelverordnung); EuEheVO - „Brüssel IIa" (Europäische Eheverordnung); EuInsVO (Europäische Insolvenzverordnung); der Entwurf einer EU-Verordnung über das europäische Mahnverfahren befindet sich im Gesetzgebungsverfahren. Weitere Rechtsakte sind in Vorbereitungen: Grünbuch zur effizienteren Vollstreckung von Urteilen in der Europäischen Union: vorläufige Kontenpfändung (SEK [2006] 1341, KOM [2006] 618 endg.); Grünbuch zu den Kollisionsnormen im Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlichen Zuständigkeit und der gegenseitigen Anerkennung (SEK [2006] 952, KOM [2006] 400 endg.; Grünbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts (SEK [2005] 1732,KOM [2006] 672 endg.); Grünbuch - Hypothekarkredite in der EU (KOM [2005] 327 endg.); Grünbuch über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen (SEC [2005] 33, KOM [2005] endg.; Grünbuch - Erb- und Testamentsrecht (SEK [2005] 270, KOM [2005] 65 endg.).

[23] Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, BGBl. 1989 II, 588 bis 616, zum Inkrafttreten und den beteiligten Staaten siehe: *Jayme/Hausmann* (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 13. Aufl. 2006, S. 165 Fn. 1.

[24] UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 28. Mai 1988), Gesetz zu dem Unidroit-Übereinkommen vom 28. Mai 1988 über das internationale Factoring (BGBl. 1998 II, 172), zum Inkrafttreten und den beteiligten Staaten siehe: *Jayme/Hausmann*, a.a.O., S. 192 Fn. 1 und 2; vgl. hierzu *Basedow*, ZEuP 1997, 615.

[25] UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 28. Mai 1988); von Deutschland nicht unterzeichnet; zu den beteiligten Staaten siehe:
http://www.unidroit.org/english/implement/i-88-l.pdf, zuletzt aufgerufen am 5.3.2007; vgl. auch *Basedow*, RIW 1988, 1; *Dageförde*, RIW 1995, 265.

[26] CONVENTION ON INTERNATIONAL INTERESTS IN MOBILE EQUIPMENT (Kapstadt, 16.11.2001); unterzeichnet von Deutschland am 17.09.2002 mit spezieller Deklaration (http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/depositaryfunction/declarations/atsignature/germany.pdf); zu den beteiligten Staaten siehe:

http://www.unidroit.org /english/implement/i-2001-convention.pdf, jeweils zuletzt aufgerufen am 5.3.2007.

[27] International Convention on Travel Contracts (CCV) (Brüssel, 23. April 1970); von Deutschland nicht unterschrieben; zu den beteiligten Staaten siehe:

http://www.unidroit.org/ english/implement/i-70.pdf, zuletzt aufgerufen am 5.3.2007.

[28] Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR), abgeschlossen in Genf am 19. Mai 1956 (BGBl. 1961 II, 1119), Inkraft gem. Bek. v. 28.12.1961 mit Wirkung vom 5. Februar 1962 (BGBl. 1962 II, 12); zu den beteiligten Staaten siehe http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/intla/intrea/dbstv/data87/e_19560087.html.

mische Schuldrechtsübereinkommen[29]. Gescheitert ist dagegen der Versuch eines weltweiten Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens[30]. Über die Umsetzung des Konventionszivilrechts wird, je nachdem, welche Staaten die Übereinkommen ausgehandelt haben, europäischer, aber auch angloamerikanischer Einfluss im deutschen Privat- und Wirtschaftsrecht wirksam.

2.2.2 Modellgesetze und Prinzipien

Weitere Instrumente zur Verwirklichung internationaler Reformeinflüsse sind Modellgesetze und Rechtsprinzipien. Hierher gehören etwa die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge[31], die von der Lando-Kommission

Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) vom 9. Mai 1980 in der Fassung des Änderungsprotokolls vom 3. Juni 1999; verkündet am 2. September 2002 als Anlage zu dem Gesetz vom 24. August 2002 (BGBl. II, 2149); zu den beteiligten Staaten siehe http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/intla/intrea/dbstv/data02/e_19800102.html.

Budapester Übereinkommen über den Vertrag über die Güterbeförderung in der Binnenschifffahrt (CMNI), abgeschlossen in Budapest am 22. Juni 2001; von Deutschland unterschrieben am 22.06.2001; zu den beteiligten Staaten siehe

http://www.eda.admin.ch/eda/de/home /topics/intla/intrea/dbstv/data83/e_20021983.html.

Straßburger Übereinkommen über die Beschränkung der Haftung in der Binnenschifffahrt (CLNI) vom 4. November 1988; (BGBl. 1998 II, 1644) vgl. Gesetz vom 6. August 1998 (BGBl. II, 1643) in Kraft gemäß Bekanntmachung vom 12. April 1999 (BGBl. II, 388); zu den beteiligten Staaten siehe http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/intla/intrea/dbstv/data50/e_19981750.html.

Übereinkommen zur Vereinheitlichung einzelner Regeln über den Zusammenstoß von Binnenschiffen vom 15. März 1960; von Deutschland unterschrieben am 14.06.1960, ratifiziert am 29.05.1973, in Kraft getreten am 27.08.1973; siehe auch (BGBl. 1972 II, 1005); zu den beteiligten Staaten siehe

http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/intla/intrea/dbstv/data32/e_19600032.html.

Übereinkommen von 1976 über die Beschränkung der Haftung für Seeforderungen vom 19. November 1976 (BGBl. 1986 II, 786); von Deutschland zum 13.5.2004 gekündigt; zu den beteiligten Staaten siehe

http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/intla/intrea/dbstv/data82/ e_19760282.html.

ICC/CMI Rules International Maritime Arbitration Organization vom 1. Januar 1978.

Hamburg Rules UNITED NATIONS CONVENTION ON THE CARRIAGE OF GOODS BY SEA, 1978; von Deutschland unterschrieben, aber nicht ratifiziert; zu den beteiligten Staaten siehe: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html.

Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Übereinkommen) vom 28. Mai 1999; von Deutschland unterschrieben am 28.5.1999, ratifiziert am29.4.2004, in Kraft getreten am 28.6.2004; zu den beteiligten Staaten siehe

http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/intla/intrea/dbstv/data62/e_20031862.html.

Alle Internet-Nachweise in dieser Fußnote zuletzt abgerufen am: 05.03.2007.

[29] Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (BGBl. 1986 II, 810 – 824). Zum Inkrafttreten und den beteiligten Staaten siehe: *Jayme/Hausmann*, a.a.O., S. 146 f. Fn. 1, 2 und 6.

[30] *Baur/Stürner/Bruns*, a.a.O., Rn. 56.11.

[31] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004); vgl. Hierzu etwa *Brödermann*, RIW 2004, 721.

erarbeiteten Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts[32] sowie die Principles of European Tort Law[33]. Im Bereich des Zivilverfahrensrechts werden die materiell-rechtlichen Modelle ergänzt durch die von UNIDROIT und vom American Law Institute gemeinsam verabschiedeten Principles and Rules of Transnational Civil Procedure[34] sowie das UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency[35], die nationalen Gesetzgebern als Modell für autonome Rechtsetzung dienen. Die Modellgesetze und Prinzipien zielen damit weniger auf allgemeinverbindlich angeordnete Rechtsvereinheitlichung als auf behutsame Rechtsharmonisierung, die auf die Überzeugungskraft der besseren Lösung setzt und dem nationalen Gesetzgeber Gestaltungsfreiräume zur individuellen Regelbildung belässt.

3 Privatrecht

3.1 Vertragsfreiheit

Im Privatrecht wird internationaler Reformeinfluss insbesondere auf zwei tragende Grundprinzipien des Zivilrechts sichtbar. An erster Stelle zu nennen sind massive Eingriffe in die Vertragsfreiheit, die vielfach und überwiegend durch den europäischen Richtliniengeber und die notwendigen Umsetzungsgesetze erfolgen, teilweise aber auch durch nationale Weiterungen nach dem Vorbild punktueller europarechtlicher Vorgaben zur Wahrung echter oder vermeintlicher Systemgerechtigkeit. Beispiele sind die zunehmende Anordnung zwingenden Vertragsrechts, wie etwa zwingender Mindesthaftungsregeln[36], die Ausweitung der gerichtlichen Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen durch die Richtlinie zum Schutz vor missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen[37] und die jüngst im neuen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz überschießend ins deutsche Recht umgesetzten Antidiskriminierungsrichtlinien[38]. Dabei ist der deutsche Gesetzgeber

---

[32] Vgl. die Dokumentation bei *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Parts I – III, 2000-2003.

[33] Abrufbar unter http://www.egtl.org/, zuletzt abgerufen: 2.4.2007.

[34] *Hazard/Taruffo/Stürner/Gidi*, New York University Journal of International Law and Politics 2001, Vol. 33, 769 ff.

[35] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency vom 30. Mai 1997; http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf, zuletzt aufgerufen am: 21.9.2006.

[36] Für die Produkthaftung vgl. §§ 7, 8 ProdHaftG; für den Verbrauchsgüterkauf § 475 BGB; im Bereich der Umwelthaftung siehe §§ 12, 13 UmweltHG.

[37] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95 S. 29).

[38] Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 39 vom 14.2.1976 S. 40 – 42) in der Fassung der Änderung durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern

wiederholt über das europarechtlich geforderte Mindestmaß hinausgegangen. Beispielsweise war die Einführung eines absoluten Klauselverbots für Beschränkungen der Körperschadenhaftung (§ 309 Nr. 7 a BGB n.F.) entgegen der Ansicht des Schuldrechtsreformgesetzgebers[39] nicht durch die Verbraucherklauselrichtlinie geboten[40]. Das Mitte August 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbietet etwa im allgemeinen Vertragsrecht nicht nur die Diskriminierung wegen Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht, wie es das Europarecht verlangt[41], sondern erstreckt das Diskriminierungsverbot auf Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität, vgl. § 1 AGG.

3.2 Naturalerfüllungszwang

Internationaler Reformeinfluss zeigt sich auch beim für das deutsche Privatrecht charakteristischen Naturalerfüllungszwang[42]. Europarechtlich durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgegeben war die Einführung eines Nacherfüllungsanspruchs beim Verbrauchsgüterkauf[43]. Die Schuldrechtsreform hat diese Vorgabe zum Anlass genommen, Nacherfüllungszwang im Kaufmängelrecht in Abkehr vom überkommenen Grundgedanken des Gewährleistungsrechts generell anzuordnen[44]. Das Werklieferungsrecht wurde dabei ebenfalls aus europarechtlichem Grund weitgehend dem Kaufrecht angepasst. Insoweit ist prima vista eine Stärkung des Naturalerfüllungszwangs zu konstatieren, die kontinentaleuropäischer Rechtskultur entspricht. Eine gegenläufige Tendenz wirkt indes im durch die Schuldrechtsreform im gleichen Zuge erleichterten Übergang vom primären Erfüllungsanspruch zum sekundären Schadensersatz, dessen Geltendmachung nur noch fruchtlosen Ablauf einer Nacherfüllungsfrist voraussetzt und nicht mehr von

und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002 S. 15 – 20); Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 vom 2.12.2000 S. 16 – 22); Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180 vom 19.7.2000 S. 22 – 26); Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EG Nr. L 373 vom 21.12.2004 S. 37 – 43).

[39] Motive: BT-Drucks. 14/6857 S. 5 mit Verweis auf 14/6040 S. 156.

[40] Urteil des EuGH zum Umsetzungszwang bei Richtlinienanhang vom 7.5.2002, Aktenzeichen C-478/99, Slg. 2002, I-4147 bis 4176 = EuZW 2002, 465 ff.

[41] Vgl.hierzu *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einleitung Rn. 3.

[42] Grundlegend *Münch*, Anspruch und Rechtspflicht, Habil. 1995 (unveröffentlicht).

[43] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171 vom 7.7.1999 S. 12 ff.

[44] Motive BT-Drucks. 14/6857 6857 S. 5 mit Verweis auf 14/6040 S. 2 und 79. Daran anknüpfend herrscht Streit über die Einheitlichkeit der Auslegung im europarechtlich präformierten und im nicht tangierten Bereich; hierzu einerseits *Pfeiffer*, ZGS 2002, 23, 26; andererseits *Bamberger/Roth/Faust*, § 437 Rn. 19 f.

Wandelung bzw. Rücktritt ausgeschlossen wird[45]. Die erleichterte Geltendmachung von Schadensersatz und teilweise Abkehr vom Naturalerfüllungszwang entspricht dem angloamerikanischen Schadensersatzrecht[46], wie es in UN-Kaufrecht, UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Eingang gefunden hat, die ihrerseits dem Schuldrechtsreformgesetzgeber Vorbild waren[47].

3.3 Haftungs- und Schadensersatzrecht

3.3.1 Abschwächung der Bedeutung des Verschuldenserfordernisses

Tragendes Grundprinzip des überkommenen Haftungsrechts war der Grundsatz, dass zivilrechtliche Haftung Verschulden voraussetzt[48]. Das Deliktsrecht verlangte dem Geschädigten im Ausgangspunkt vollen Beweis schädigenden Verschuldens ab, das vertragliche Haftungsrecht half mit Beweiserleichterungen. Ersatz immaterieller Schäden war ursprünglich nur bei verschuldeter Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter möglich. Das angloamerikanische Haftungsrecht kennt dagegen zwar seit jeher die außervertragliche Verschuldenshaftung für *negligence*[49], die durch das abgeschwächte Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (*preponderance of the evidence*) verschärft wird[50], favorisiert jedoch im Vertragsrecht die verschuldensunabhängige reine Vertragsbruchhaftung[51], die nicht zuletzt über das Haftungsmodell des UN-Kaufrechts in das deutsche Rechtsdenken Eingang gefunden hat.

Heute erleben wir im deutschen Recht eine ständige Abschwächung der Bedeutung des Verschuldenserfordernisses: Beweiserleichterung in vielen Bereichen des Deliktsrechts durch die Rechtsprechung[52], insbesondere im Produkthaftungs-

---

[45] Vgl. § 325 BGB; zur *ratio* MünchKommBGB/*Ernst*, Band 2a, 4. Aufl., 2003, § 325 Rn. 1 ff.; *Derleder*, NJW 2003, 998; zum alten Recht s. nur BGHZ 5, 337, 340; MünchKommBGB/*Emmerich*, Band 2, 4. Aufl., 2001, § 325 Rn. 22 ff. und 27 ff.

[46] Vgl. hierzu und zum ökonomischen Hintergrund *Farnsworth,* Contracts, 4. Aufl., 2004, p. 736 s.

[47] Motive BT-Drucks. 14/6857 S. 5 mit Verweis auf 14/6040 S. 86 und 89.

[48] Staudinger/*Löwisch* (2004) § 276 Rn. 3 ff.; zu den verschiedenen Verschuldensanforderungen bei Delikts-, Gefährdungs- und Vertragshaftung siehe: *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889; rechtsvergleichend bereits *vCaemmerer*, RabelsZ 42 (1978), 5. Zu Tendenzen im internationalen Recht vgl. MünchKommBGB/*Grundmann*, Band 2a, 4. Aufl., 2003 § 276 Rn. 31 ff.

[49] *Dobbs*, The law of torts, Vol. 1, 2001, pp. 257 ss.

[50] Zum Beweismaß im amerikanischen Recht *Cleary* (Hrsg.), McCormick's handbook of the law of evidence, 2. Aufl. 1972, pp. 793 ss.; *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 2005, S. 27 ff.

[51] *Farnsworth*, Farnsworth On Contracts, Volume II, 3. Aufl., 2004, pp. 470 ss.

[52] Beispiele: BGH NJW 1991, 1948; 2004, 2011; 2005, 427 (jeweils Arzthaftung); BGH NJW 1982, 1327 (Tierarzthaftung); BGH NJW 1974, 1710 (Ehrverletzungen); BGHZ 104, 323; BGH NJW 1993, 528; (jeweils Produkthaftung); BGH NJW 1994, 945; 1986, 2757 (Verletzung von Verkehrssicherungspflichten).

recht auch durch den europarechtlich motivierten Gesetzgeber[53], volle Beweislastumkehr bei Vertragshaftung durch die Schuldrechtsreform (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB)[54]. Die Schadensersatzreform schließlich hat das Verschulden als notwendige Voraussetzung immateriellen Schadensersatzes fallengelassen (§ 253 Abs. 2 BGB) und die Rechtsfolge des Schmerzensgeldes – wie im angloamerikanischen Recht[55] – auf Vertragshaftung und praktisch alle wichtigen Gefährdungshaftungstatbestände erstreckt[56]. Das Verschuldenserfordernis verliert im deutschen Haftungsrecht letztlich ständig an Bedeutung.

3.3.2 Behandlung von Massenschäden

Angloamerikanischer Einfluss wird auch in der Reformdiskussion über die Behandlung von Massenschäden sichtbar[57]. Vordergründig bewegt sich die Diskussion auf der Ebene des Zivilverfahrens, für welches seit längerem und mit wachsendem Nachdruck die Einführung von Sammelklagen zur Geltendmachung von Streuschäden nach US-amerikanischen Modell befürwortet wird[58]. Auch das aktuelle Juristentagsgutachten von *Gerhard Wagner* schlägt die Weiterentwicklung des neuen Kapitalanlegermusterverfahrens zur Gruppenklage vor, falls sich die kapitalmarktrechtliche Reformnovelle bewähren sollte[59]. Dabei muss man sich immer klarmachen, dass die Ausgestaltung der Sammelklage nahezu zwangsläufig Auswirkungen auf das Schadensersatzrecht haben wird: die gebündelte Abwicklung und Kategorisierung in bestimmte Klassen von Geschädigten, die prägendes Gestaltungsmerkmal der Sammelklage ist, wirkt praktisch auf die Entschädigungsfolge in Gestalt verstärkter Schadensschätzung und Pauschalierung[60]. Damit tritt notwendigerweise zugleich die Bedeutung konkreter Schadensberechnung, individueller Totalreparation und des schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbotes in den Hintergrund[61]. Damit zeichnet sich im Schadensersatzrecht unter angloamerikanischem Einfluss eine massive Einschränkung tragender Grundsätze des überkommenen Schadensersatzrechts ab.

---

[53] Vgl. *von Westphalen*, Produkthaftungshandbuch, Band 2, 2. Aufl., 1999 § 70 Rn. 1, § 71 Rn. 2 ff.; zur Entwicklung *Katzenmeier*, JuS 2003, 943; vgl. zur Beschränkung des spanischen nationalen Rechts durch die europäische Produkthaftungsrichtlinie EuGH EuZW 2002, 574 ff.

[54] Hierzu *Kohler*, ZZP 118 (2005), 25, 34 ff.

[55] Zum Schmerzensgeld in der US-amerikanischen Vertragshaftung vgl. *Farnsworth,* Contracts, 4th ed., 2004, p. 810; zum Schmerzensgeld im US-amerikanischen Deliktsrecht grundlegend *Dobbs*, The Law of Torts, Vol. 2, 2001, pp. 821 ss.

[56] Begründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, BR-Drucks. 742/01, S. 57 ff.; siehe zur Reform *Ring*, BuW 2003, 818.

[57] *Stadler*, Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentages Band II/1, 1998, S. I 35, 45 ff.

[58] *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, 2005, S. 36 ff.

[59] *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, a.a.O., S. A 126.

[60] Vgl. zur Schadensberechung bei der Liquidation von Kollektivschäden auch *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, a.a.O., S. A 128 ff.

[61] Zu den Funktionen und Leitgedanken *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 9 ff.

3.3.3 Strafschadensersatz?

Das US-amerikanische Modell des Strafschadensersatzes ist ein weiterer Punkt in der aktuellen Reformdiskussion und neben Kommerzialisierung und Kollektivschäden Gegenstand des schadensersatzrechtlichen Gutachtens zur Zivilrechtlichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentages[62]. Das deutsche Zivilrecht basiert auf der grundsätzlichen Trennung von Zivil- und Strafrecht und hat sich Strafschadensersatz auf außervertraglicher Grundlage im Ausgangspunkt versagt[63]. Im nationalen Privatrecht sind Sanktionstendenzen gegenwärtig außer bei der Gewinnabschöpfung im Immaterialgüterrecht[64] vor allem im Persönlichkeitsrechtsschutz festzustellen[65]. Inzwischen zeigen sich zunehmend internationale Reformeinflüsse. Die Frage nach dem Import dieses Rechtsinstituts in Deutschland stellt sich unmittelbar bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von *punitive damages*-Urteilen, die der BGH bislang verweigert[66], sowie bei der Frage der Zustellungshilfe für *punitive damages*-Klagen unter dem Haager Rechtshilfeübereinkommen, die entgegen der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich gewährt werden sollte[67]. Ein weiterer Importweg ist möglicherweise das Europarecht, wenn man davon ausgeht, dass die Forderung des EuGH nach „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen" gegen Gemeinschaftsrechtsverstöße, die in der defizitären Umsetzung europäischer Richtlinien ihren Ausgang nahm[68], unter Umständen die Einführung von Strafschadensersatz verlangt. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die Kommission in Art. 24 des ersten Entwurfes einer Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht den Schadensersatz mit Strafcharakter oder mit abschreckender Wirkung als Verstoß gegen den gemeinschaftsrechtlichen *ordre public* angesehen hat[69]. Denn der revidierte Kommissionsvorschlag hat den *ordre public*-Vorbehalt – in bemerkenswerter Anlehnung an die jüngere Rechtsprechung des US Supreme Court[70] – auf Strafschadensersatz in unverhältnismäßiger Höhe

---

[62] *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, a.a.O., S. A 68 ff.

[63] *Lange/Schiemann*, a.a.O., S. 12 f.; *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, a.a.O., S. A 72 f.; *Mörsdorf-Schulte*, a.a.O., S. 31 ff.; *Brockmeier*, a.a.O., S. 41 ff., insbesondere S. 46 ff.

[64] Zu § 139 II PatG *Mes*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl. 2005, § 139 Rn. 91 ff.; zu § 97 I 2 UrhG Loewenheim/*Vinck*, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 81 Rn. 46 ff.; zu § 14 III MarkenG *Fezer*, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 14 Rn. 523 m.w.N.

[65] Beispielsfälle BVerfGE 101, 361, 385; EGMR, NJW 2004, 2647; BGH NJW 1995, 861.

[66] Für Nichtanerkennung neben immateriellem Schaden grundsätzlich BGHZ 118, 312 ff.; *Baur/Stürner/Bruns*, a.a.O., Rn. 57.4; *Stiefel/Stürner*, VersR 1987, 829.

[67] BVerfGE 91, 140; siehe auch BVerfG NJW 2003, 2598 mit Entscheidungsbesprechung von *Zekoll*, NJW 2003, 2885; siehe auch BVerfG WM 2007, 374 = RIW 2007, 211; *Baur/Stürner/Bruns*, a.a.O., Rn. 57.4; *Hess*, AG 2006, 809; *ders.*, AG 2005, 897; *Schack*, AG 2006, 823.

[68] EuGH Slg. 1984, 1891, 1908 Nr. 23 (Sabine von Colson und Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen); EuGH Slg. 1991, I-4371, 4387 Nr. 11 (Strafverfahren gegen Vandevenne); EuGH Slg. 2004, I-651, 686 Nr. 62 (Montres Rolex S.A.); *Oppermann*, a.a.O. § 6 Rn. 94

[69] Vgl. den Kommissionsentwurf KOM (2003) 427 endg., 2003/0168 (COD).

[70] State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell, 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513.

reduziert[71]. Insgesamt ergibt die Befunderhebung also eine Tendenz zu maßvoller Öffnung des EU-Rechts gegenüber strafendem Schadensersatz, die im deutschen Privatrecht auf Dauer nicht ohne Folgen bleiben dürfte. Das aktuelle Juristentagsgutachten empfiehlt zwar die schadensrechtliche Gewinnabschöpfung bei vorsätzlich-lukrativem Delikt[72], die gesetzgeberische Verwirklichung des Multiplikationsprinzips aber nur außerhalb von Massen- und Streuschäden[73]. Ob diese Empfehlung dem internationalen und europäischen Reformdruck standhält, kann man füglich bezweifeln.

4 Wirtschaftsrecht

4.1 Produkthaftung

Im Bereich des Produkthaftungsrechts, über das uns bereits die Vorträge von Herrn Professor Kitagawa und meines verehrten Kollegen Gerald Spindler glänzend informiert haben, muss man sich nur kurz nochmals den Reformeinfluss der europäischen Produkthaftungsrichtlinie vergegenwärtigen, der seinen Niederschlag in Gestalt verschuldensunabhängiger Haftung mit zwingenden Mindesthaftsummen im Produkthaftungsgesetz als wirtschaftsrechtlichem Sondergesetz gefunden hat.

4.2 Handels- und Transportrecht

Im Handels- und Transportrecht richtet sich das Augenmerk auf UN-Kaufrecht und Transportrechtsreform. Das *UN-Kaufrecht* setzt nicht nur verbindliche Standards für internationale Handelskäufe mit Beteiligung deutscher Kaufleute, sondern war auch Vorbild bei der Ausgestaltung des Leistungsstörungsrechts im Zuge der Schuldrechtsreform[74]. Das internationale Transportkonventionsrecht, wie es in den Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR)[75], über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF[76] bzw. CIM/CIV[77]), über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer[78]

---

[71] Vgl. den geänderten Kommissionsvorschlag KOM (2006) 83 endg., 2003/0168 (COD).

[72] *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, a.a.O., S. A 97.

[73] *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, a.a.O., S. A 105.

[74] Motive BT-Drucks. 14/6857 S. 5 mit Verweis auf 14/6040 S. 86, 89, 92 f., 134 f., 179, 182, 268.

[75] Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR), siehe hierzu Fn. 28.

[76] Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF), siehe hierzu Fn. 28.

[77] Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern (CIM), Anhang B zum Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) vom 9. Mai 1980 in der Fassung des am 3. Juni 1999 in Vilnius unterzeichneten Protokolls, verkündet am 2. September 2002 als Anlage zu dem Gesetz vom 24. August 2002 (BGBl. II, 2221); Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von

bzw. Warschauer Übereinkommen[79]), über den Vertrag über die Güterbeförderung in der Binnenschifffahrt (CMNI[80]) und über die Beschränkung der Haftung für Seeforderungen[81] niedergelegt und überwiegend bereits von Deutschland ratifiziert ist, gilt nicht nur unmittelbar für den internationalen Transport von Gütern und Personen, sondern wirkt über seine Modellfunktion auch ins nationale deutsche Transportrecht. So hat etwa die Transportrechtsreform 1998 das deutsche Transporthaftungsrecht nach dem Vorbild insbesondere der CMR als weitgehend verschuldensunabhängige Haftung mit wenigen eng gefassten Entlastungsmöglichkeiten ausgestaltet[82]. Auch darin manifestiert sich eindeutig internationaler Reformeinfluss.

4.3 Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

4.3.1 Gesellschaftsrecht

Im Gesellschaftsrecht wird europarechtlicher Reformeinfluss am deutlichsten sichtbar in der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften. In einer Reihe von Urteilen hat der EuGH bekanntlich die Anwendung der überkommenen internationalprivatrechtlichen Sitztheorie zum Nachteil europäischer ausländischer Kapitalgesellschaften untersagt[83] und damit vor allem die englische Private Limited Company, die keinem gesetzlichen Mindeststammkapitalerfordernis unterliegt, zu einem Exportschlager des englischen Rechtssystems gemacht[84]. Unter dem Eindruck der Flucht vieler Unternehmer in die Rechtsform der englischen Limited plant der deutsche Gesetzgeber inzwischen einer Herabsenkung des gesetzlichen Mindeststammkapitals im Zuge der GmbH-

Personen (CIV), Anhang A zum Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) vom 9. Mai 1980 in der Fassung des am 3. Juni 1999 in Vilnius unterzeichneten Protokolls, verkündet am 2. September 2002 als Anlage zu dem Gesetz vom 24. August 2002 (BGBl. II, 2190).

[78] Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Übereinkommen), siehe hierzu Fn. 28.

[79] Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr in der Fassung des Haager Protokolls zur Änderung des Warschauer Abkommens (Warschauer Abkommen in der Fassung von Den Haag 1955) vom 12. Oktober 1929 (RGBl. 1933 II S. 1039) geändert durch Protokoll vom 28 September 1955 (BGBl. 1958 II, 292).

[80] Budapester Übereinkomme über den Vertrag über die Güterbeförderung in der Binnenschifffahrt (CMNI), siehe hierzu Fn. 28.

[81] Straßburger Übereinkommen über die Beschränkung der Haftung in der Binnenschifffahrt (CLNI), siehe hierzu Fn. 28.

[82] Vgl. MünchKommHGB-Aktualisierungsbd. TranspR/*Basedow*, 2000, Einleitung Rn. 13 ff.

[83] EuGH Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027 (Centros); EuGH Slg. 2002, I-9919 = NJW 2002, 3614 (Überseering); EuGH Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3331 (Inspire Art); siehe auch EuGH NZG 2006, 835.

[84] Statt vieler *Teichmann*, NJW 2006, 2444; *Kleindiek*, ZGR 2006, 335.

Reform[85]. Darin könnte durchaus der Startschuss zum häufig befürchteten „race to the bottom" im europäischen Gesellschaftsrecht liegen, wie es unter Führung des US-Bundesstaates Delaware in den USA seit langem bekannt ist (Stichwort: Delaware-Effekt)[86], zumal Frankreich kürzlich Mindestkapitalanforderungen fallen gelassen hat[87]. Weitere Beispiele sind der Reformdruck auf das deutsche Mitbestimmungsrecht[88] sowie die Societas Europaea[89] und die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung[90] als völlig neue Rechtsformen des Gesellschaftsrechts.

Als Ausdruck internationalen Reformeinflusses kann man auch die deutsche Corporate Governance-Bewegung werten, die nach US-amerikanischem Vorbild unter Rückgriff auf „Softlaw" in Gestalt eines Verhaltenskodex mit fragwürdiger demokratischer Legitimationsbasis die Ordnung gesellschaftsrechtlicher Tatbestände unternimmt. Hinzu kommt die Formulierung der Geschäftsleiterhaftung nach dem Modell der angloamerikanischen Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 AktG n.F.). Hinzu kommt die verkappte und halbherzige Übernahme des Grundgedankens der US-amerikanischen Sammelklage im neuen Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG), die rechtssystematisch verfehlt ist und eine Fülle neuer schwieriger Rechtsfragen aufwirft. Im Gesellschaftsrecht hat die Übernahme angloamerikanischer Regelungsmuster derzeit nachgerade Hochkonjunktur.

4.3.2 Kapitalmarktrecht

US-amerikanischer Reformeinfluss manifestiert sich auch in der wachsenden Bedeutung des Kapitalmarktrechts. Die Steuerung gesellschaftsrechtlicher Sachverhalte durch Kapitalmarktrecht statt durch Gesellschaftsrecht hat in den USA Tradition, weil Gesellschaftsrecht Einzelstaatenrecht und infolge des Wettbewerbs der Bundesstaaten um die Niederlassung kapitalstarker Unternehmen vom schädlichen Delaware-Effekt geprägt ist[91]. Das einzig Erfolg versprechende bundesrechtliche Remedium sind deshalb kapitalmarktrechtliche Vorschriften unter Überwachung

---

[85] Regierungsentwurf MindestkapG: BR-Drucks 619/05 v. 12.8.2005; hierzu *Seibert*, ZIP 2006, 1157; *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 1321 f.

[86] *Kirk*, 10 J. Corp. L. 233; *Presser/Simpson*, 23 Wm. & Mary L. Rev. 725, 730; *Cary*, 83 Yale L.J. 663, 666; zur Geschichte des Wettbewerbs zwischen den Einzelstaaten s. auch *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 18 ff., 29 ff.

[87] Vgl. Art. L 223-2 Code de commerce, geändert durch Art. 1 loi N° 2003-721 vom 01.08.2003, JO N°. 179 vom 5.8.2003, S. 13449: Mindestkapital im Statut der jeweiligen Gesellschaft frei vereinbar.. Vgl. zur französischen Reform vor dem Hintergrund des grundlegenden Umbruchs des Kapitalgesellschaftsrechts in Europa *Meyer/Ludwig*, GmbHR 2005, 346, insb. S. 348 f. mit Nachweisen zur Diskussion in der französischen Literatur.

[88] *Raiser*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Band I: Gutachten, S. B 5; *Adams*, ZIP 2006, 1561, 1567 f.; *Weiss/Wöhlert*, NZG 2006, 121.

[89] Hierzu *Engert*, ZVglRWiss 104 (2005), 444; *Horn*, DB 2005, 147; *Steding*, BuW 2002, 197.

[90] *Steding*, BuW 2003, 900, 902; *Schlüter*, EuZW 2002, 589.

[91] Zum Delaware-Effekt vgl. die Nachweise oben Fn. 86; vgl. auch *Merkt*, RabelsZ 59 (1995), 545.

der Securities and Exchange Commission[92]. Der internationale Aktienhandel und die Notierung deutscher und europäischer Aktiengesellschaften an der New Yorker Wall Street beflügeln die Übernahme angloamerikanischer Regelungsstrukturen im deutschen und europäischen Kapitalmarktrecht. Als Beispiel sei hier nur die Takeover-Richtline genannt[93].

4.4 Versicherungs- und Bankrecht

Im Versicherungs- und Bankrecht zeigt sich derzeit vor allem europäischer Reformeinfluss. Die *Assekuranz* sieht sich nicht nur mit einer stetig wachsenden Vielzahl versicherungsvertragsrechtsrelevanter Richtlinien (Verbraucherklauseln[94], Lebensversicherung[95], Nicht-Leben[96], Versicherungsvermittlung[97], Antidiskriminierung etc.) konfrontiert, sondern auch mit geplanten neuen europäischen Solvabilitätsanforderungen (Solvency II)[98], die in Anlehnung an Selbstverpflichtungen der Bankenwirtschaft (Basel II)[99] künftig konkrete und sehr detaillierte Vorgaben über die geschäftsabhängige Eigenmittelausstattung von Versicherungsunternehmen enthalten und weitreichende Auswirkungen auf das Versicherungsaufsichtsrecht haben werden. Im *Bankensektor* ist beispielhaft der Fall der Gewährträgerhaftung bei öffentlichen Kreditinstituten unter dem Hammerschlag

---

92 Hierzu *Merkt/Göthel*, a.a.O., Rn. 29 ff.

93 Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote, (ABl. EG Nr. L 142 vom 30.4.2004 S. 12 – 23); hierzu *Merkt/Binder*, BB 2006, 1285; *Seibt/Heiser*, AG 2006, 301; *Neye*, NZG 2002, 1144; *Krause*, NZG 2000, 905.

94 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95 S. 29).

95 Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. EG Nr. L 345 vom 19.12.2002 S. 1 – 51.

96 Erste Richtlinie 73/239/EWG des Rates vom 24. Juli 1973 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung), ABl. EG Nr. L 228 vom 16.08.1973 S. 3 – 19; Zweite Richtlinie 88/357/EWG des Rates vom 22. Juni 1988 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG, ABl. EG Nr. L 172 vom 04.07.1988 S. 1 – 14; Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG (Dritte Richtlinie Schadenversicherung), ABl. EG Nr. L 228 vom 11.08.1992 S. 1 – 23.

97 Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. EG Nr. L 009 vom 15.01.2003 S. 3 – 10.

98 Hierzu *Berkhoff/Bölscher*, ZfV 2006, 284; *Gräwert*, ZfV 2005, 326; *Ploemacher*, ZfV 2005, 324.

99 *Rösler/Lang*, ZIP 2006, 214; *Ehlers*, ZInsO 2006, 510; *Cluse/Cremer*, Kreditwesen 2006, 329.

des europäischen Wettbewerbsrechts[100] zu nennen sowie die Umsetzung der Überweisungsrichtlinie in den §§ 676 a ff. BGB[101].

4.5 Wettbewerbsrecht

Das deutsche Wettbewerbsrecht unterliegt europäischem Einfluss in Gestalt der Richtlinien zur irreführenden[102] (1984) und vergleichenden Werbung[103] (1997) sowie der Lauterheitsrichtlinie[104] (2005) und der E-Commerce-Richtlinie[105] (2000). Künftigen weiterenEinfluss signalisiert der Entwurf für eine Verordnung über Verkaufsförderung („Sales-Promotion-Verordnung") [106]. Insgesamt zeigt sich eine Tendenz zur Stärkung des europäisch verstandenen Verbraucherschutzes. Im novellierten Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb schlägt sich der Grundidee nach auch angloamerikanischer Reformeinfluss deutlich sichtbar in der Gewinnabschöpfung gemäß § 10 UWG nieder[107], die im ideengeschichtlichen Kern mit dem prozessualen Institut der *class action* und den materiellrechtlichen *punitive damages* verwandt ist[108]. Dass dabei – anders als in den USA – neben Kammern Berufs- und Verbraucherverbände und nicht geschädigte Konkurrenten aktivlegitimiert sind und der gesamte abgeschöpfte Gewinn dem Bundeshaushalt und nicht dem Gläubiger zufließen soll, stellt die praktische Funktionstüchtigkeit der

---

[100] Hierzu *Immenga/Rudo*, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, 1997; *Rechel*, NordÖR 2005, 451; *Wehber*, Kreditwesen 2005, 752; *Beuthien*, WM 2004, 1467.

[101] Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen, ABl. EG Nr. L 43 vom 14.02.1997 S. 25 – 30; dazu *Gößmann/van Look*, WM 2000, Sonderbeilage Nr. 1, 3; *Ehmann/Hadding*, WM 1999, Sonderbeilage Nr. 3, 3; *Becher*, DStR 1999, 1360.

[102] Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 über irreführende Werbung (ABl. EG Nr. L 250 vom 19.9.1984 S. 17 – 20).

[103] Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (ABl. EG Nr. L 290 vom 23.10.1997 S. 18 – 35).

[104] Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates („Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken") (ABl. EG Nr. L 149 vom 11.06.2005 S. 22 – 39).

[105] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr") (ABl. EG Nr. L 178 vom 17.07.2000 S. 1 – 16).

[106] Kommissionsdokument KOM (2001) 546 endg., 2001/0227 (COD) vom 2. Oktober 2001 „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt", (ABl. EG Nr. C 221 vom 17.09.2002 S. 73 – 80).

[107] BT-Drucks. 15/1487, S. 23 ff.

[108] Vgl. dazu auch Fezer/*von Braunmühl*, UWG, 2005, Bd. 2 (§§ 5 – 22 UWG), § 10 Rdn. 39 ff.

Neuregelung allerdings grundlegend in Frage[109]. Dementsprechend übt das aktuelle Juristentagsgutachten von *Gerhard Wagner* an der Regelung zu Recht massive Kritik[110].

4.6 Kartellrecht

Das deutsche Kartellrecht wird bereits seit längerem maßgeblich vom europäischen Kartellrecht mit bestimmt und in wichtigen Bereichen verdrängt. Derzeit jüngster Beleg ist die am 1. Juli 2005 in Kraft getretene 7. GWB-Novelle, die das deutsche Wettbewerbsrechts an Maßgaben des mit Wirkung zum 1. Mai 2004 reformierten europäischen Kartellrechts angepasst hat[111]. Als ein Beispiel für einen gewissen angloamerikanischen Reformeinfluss mag auch hier die Vorteilsabschöpfung durch Berufs- und Wirtschaftsverbände zugunsten des Bundeshaushalts dienen (§ 34a GWB)[112]. Anders als im Lauterkeitsrecht und entgegen dem Vorentwurf sind Verbraucherverbände nicht klagebefugt. Die Ausgestaltung ist konstruktiv deutlich mit der Gewinnabschöpfung in § 10 UWG parallelisiert und unterliegt hinsichtlich ihrer Wirksamkeit entsprechender Kritik[113].

5 Zusammenfassung

1. Das deutsche Privat- und Wirtschaftsrecht unterliegt vielfältigen internationalen Reformeinflüssen. Grundparameter sind Ökonomisierung, Europäisierung und Internationalisierung. International ist angloamerikanischer Reformeinfluss vorherrschend, asiatischer Einfluss auf die deutsche und europäische Rechtsetzung ist derzeit nicht feststellbar.
2. Das Instrumentarium zur Verwirklichung internationaler Reformeinflüsse umfasst neben der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung, die dem nationalen Gesetzgeber adaptionswürdige ausländische Lösungsmodelle empfiehlt, Europarecht, internationale Privatrechtskonventionen und Modellgesetze.
3. Das europäische Privatrecht in statu nascendi implementiert eine Mischung europäischer und angloamerikanischer Lösungsmodelle, ohne dass eine klare Gesamtkonzeption ersichtlich wäre. Vielfach bringen europäisches Primär- und Sekundärrecht materiell auch angloamerikanische Regelungsmuster zur Geltung. Deshalb ist zwischen formeller Europäisierung des deutschen Privat- und Wirtschaftsrechts und materieller Europäisierung zu unterscheiden.

---

[109] Zutreffend *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559, 560 ff.; *Sack*, WRP 2003, 549; kritisch *Köhler*, GRUR 2003, 265.

[110] *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, a.a.O., S. A 111 ff.

[111] Zur Reform z.B. *Bechtold/Buntscheck*, NJW 2005, 2966; *Fuchs*, WRP 2005, 1384; *Lutz*, WuW 2005, 718.

[112] BT-Drucks. 15/3640, S. 55 ff.; *Alexander*, JZ 2006, 890.

[113] Zutreffend *Stadler*, NJW-Sonderheft, 3. Hannoveraner ZPO-Symposion, 8. Oktober 2005, 2006, S. 19 ff.; Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/3640, S. 78.

4. Prägendes Charakteristikum der materiellen Europäisierung des Zivilrechts, das im angloamerikanischen Zivilrecht in dieser Form keine Entsprechung findet, ist der Verbraucherschutz, der sich sowohl im Privat- als auch im Wirtschaftsrecht Bahn bricht und die Vertragsfreiheit durch zwingendes Recht mehr und mehr verdrängt.
5. Angloamerikanische Lösungsmodelle begegnen sowohl im privatrechtlichen als auch im wirtschaftsrechtlichen Haftungsrecht. Beispiele sind die fortschreitende Erosion des Verschuldensprinzips, die Kommerzialisierung des Schadensersatzrechts und eine Tendenz zum Strafschadensersatz. Der Ausweitung des Haftungsrechts entspricht eine geminderte Bedeutung des Naturalerfüllungszwangs. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sind in jüngeren Reformen und Reformdiskussion ebenfalls vorwiegend angloamerikanisch geprägt, ohne dass die Überlegenheit oder Angemessenheit der übernommenen Regelungsmodelle im Vorhinein im Einzelnen immer belastbar dargetan wäre.
6. Internationale Reformeinflüsse haben das deutsche Privat- und Wirtschaftsrecht bereits massiv verändert und teilweise zu Paradigmenwechseln oder gar Systembrüchen mit unter Umständen weitreichenden Konsequenzen geführt. Diese Entwicklung ist keineswegs abgeschlossen. Ob sich eine eigenständige europäische Rechtskultur gegen den Einfluss angloamerikanischen Rechtsdenkens wird behaupten können, ist derzeit schwer prognostizierbar. Angesichts der transatlantischen Unterschiede in Rechtsgeschichte und Rechtskultur ist dem deutschen und europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht in manchen Bereichen ein größeres Selbstbewusstsein durchaus zu wünschen.

Literatur

Adams, Michael: Das Ende der Mitbestimmung, ZIP 2006, 1561-1568

Alexander, Christian: Marktsteuerung durch Abschöpfungsansprüche, JZ 2006, 890-895

Annuß, Georg: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, 1629-1636

Bamberger, Heinz G. /Roth, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 (§§ 1 – 610), 2. Aufl. München 2006

Basedow, Jürgen: Internationales Factoring zwischen Kollisionsrecht und Unidroit-Konvention, ZEuP 1997, 615-642

Basedow, Jürgen: Leistungsstörungen in internationalen Leasingverträgen, RIW 1988, 1-12

Baur, Fritz / Stürner, Rolf / Bruns, Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht. 13. Aufl. Heidelberg 2006

Becher, Johann: Das Überweisungsgesetz - Eine Übersicht, DStR 1999, 1360-1366

Bechtold, Rainer / Buntscheck, Martin: Die 7. GWB-Novelle und die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 200 bis 2005, NJW 2005, 2966-2973

Benecke, Martina / Kern, Gisela: Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der Europäischen Richtlinien im deutschen Recht, EuZW 2005, 360-364

Berkhoff, Christine / Bölscher, Jens: Neue Herausforderungen an die deutsche Versicherungsaufsicht in den Zeiten von Solvency II, ZfV 2006, 284-288

Beuthien, Volker: Öffentliche Kreditwirtschaft zwischen Marktanpassung und Strukturwandel, WM 2004, 1467-1475

Brinkmann, Moritz: Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Köln 2005

Brockmeier, Dirk: Punitative damages, multiple damages und deutscher ordre public, Diss., Tübingen 1999

Brödermann, Eckart: Die erweiterten UNIDROIT Principles 2004, RIW 2004, 721-735.

Bruns, Alexander: Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, Tübingen 2003

Bruns, Alexander: Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit auf dem Marktplatz der Ideen, JZ 2005, 428-436

Bülow, Peter / Artz, Markus (Hrsg.): Handbuch Verbraucherprivatrecht, Heidelberg 2005

Cary , William L., Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware, 83 Yale Law Journal 663 (1974).

Cleary, Edward W. (Hrsg.), McCormick's handbook of the law of evidence, 2. Aufl. St. Paul 1972

Cluse, Michael / Cremer, Andreas: Die Umsetzung von Basel II in deutsches Recht, Kreditwesen 2006, 329-334

Dageforde, Carsten: Inkrafttreten der UNIDROIT-Konvention von Ottawa vom 28-05-1988 über Internationales Finanzierungsleasing, RIW 1995, 265-268

Däubler, Wolfgang / Bertzbach, Martin (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungs-gesetz. Handkommentar. 1. Aufl. Baden-Baden 2007

Derleder, Peter: Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln, NJW 2003, 998-1003

Deutsch, Erwin: Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 (2002), 889-911

Diederichsen, Angela: Neues Schadensersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung, VersR 2005, 433-442

Dobbs, Dan B.: The law of torts, Vol. 1 und Vol. 2, St. Paul, 2001

Drexl, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998

Düwell, Franz Josef: Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, BB 2006, 1741-1745

Ehlers, Harald: Basel II/Rating - Insolvenz – Haftungspotenzial, ZInsO 2006, 510-515

Ehmann, Horst / Hadding, Walther: EG-Überweisungs-Richtlinie und Umsetzung, WM 1999, Sonderbeilage Nr 3, 3-31

Eidenmüller, Horst: Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216-224

Eidenmüller, Horst: Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl. Tübingen 2005

Engert, Andreas: Der international-privatrechtliche und sachrechtliche Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Aktiengesellschaft, ZVglRWiss 104 (2005), 444-460

Faber, Cornelia: Ökonomische Analyse der ärztlichen Aufklärungspflicht, Diss., Frankfurt/Main 2005

Farnsworth, Edward Allan: Contracts, 4. Aufl. New York 2004

Farnsworth, Edward Allan: Farnsworth On Contracts, Volume II, 3. Aufl. New York 2004

Fezer, Karl-Heinz: Lauterkeitsrecht : Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bd. 2 (§§ 5-22 UWG), München 2005

Fezer, Karl-Heinz: Markenrecht, 3. Aufl. München 2001

Franklin, Richard M / Heydn, Truiken J: KapMuG - Class Actions vor deutschen Gerichten?, ZVglRWiss 105 (2006), 313-324

Fritz, Torsten: Punitive/exemplary damages in den USA und ihre Qualifikation als Zivilsache, Diss. Münster 2004

Fuchs, Andreas: Die 7 GWB-Novelle - Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, WRP 2005, 1384-1396

Gößmann, Wolfgang / van Look, Frank: Die Banküberweisung nach dem Überweisungsgesetz, WM 2000, Sonderbeilage Nr 1, 3-50

Göthel, Stephan R.: Funktionen des Schmerzensgeldes, RabelsZ 69 (2005), 255-307

Gräwert, Alexander: Solvency II - Ausrichtung an Basel II?, ZfV 2005, 326-330

Gulde, Volker: Die Anordnung der Eigenverwaltung durch das Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschluss, Diss., Köln 2005

Hay, Peter: Entschädigung und andere Zwecke. Zu Präventionsgedanken im deutschen Schadensersatzrecht, punitive damages und Art. 40 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB, in: Festschrift für Hans Stoll, Hrsg.: Gerhard Hohloch, Tübingen 2001, S. 521-531

Heine, Klaus / Röpke, Katarina: Die Rolle von Qualitätssignalen - eine ökonomische und juristische Analyse am Beispiel der deutschen Kapitalschutzvorschriften, RabelsZ 70 (2006), 138-160

Hess, Burkhard: Aktuelle Brennpunkte des transatlantischen Justizkonflikts, AG 2005, 897-906

Hess, Burkhard: Musterverfahren im Kapitalmarktrecht, ZIP 2005, 1713-1719

Hess, Burkhard: Transatlantische Justizkonflikte, AG 2006, 809-818

Horn, Norbert: Die Europa-AG im Kontext des deutschen und europäischen Gesellschaftsrechts, DB 2005, 147-153

Immenga, Ulrich / Rudo, Joachim: Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, Baden-Baden 1997

Jaeger, Lothar: Bemessung des Schmerzensgeldes bei der Haftung aus Gefährdungstatbeständen, ZGS 2004, 217-220

Jayme, Erik / Hausmann, Rainer (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 13. Aufl. München 2006

Katzenmeier, Christian: Entwicklungen des Produkthaftungsrechts, JuS 2003, 943-951

Kirk, William E.: A Case Study in Legislative Opportunism: How Delaware Used the Federal-State System to Attain Corporate Pre-Eminence, 10 J. Corp. L. 233 (1984)

Kleindiek, Detlef: Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, ZGR 2006, 335-365

Köhler, Helmut: UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265-272.

Kohler, Jürgen: Pflichtverletzung und Vertretenmüssen - die beweisrechtlichen Konsequenzen des neuen § 280 Abs 1 BGB, ZZP 118 (2005), 25-46

Kohler, Jürgen: Probleme der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung gemäß § 311 a Abs.2 BGB, Jura 2006, 241-253

Kohte, Wolfhard / Ahrens, Martin / Grote, Hugo: Verfahrenskostenstundung, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenzverfahren, 2006

Koll-Möllenhoff, Rainer: Das Prinzip des festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht: Kapitalaufbringung und –erhaltung im EU-Recht, Baden-Baden 2005

Körber, Torsten: Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004

Krause, Harmut: Die geplante Takeover-Richtlinie der Europäischen Union mit Ausblick auf das geplante deutsche Übernahmegesetz, NZG 2000, 905-913

Kübler, Friedrich / Assmann, Heinz-Dieter: Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. Heidelberg 2006, § 2 IV m.w.N.

Kuhner, Christoph / Sabiwalsky, Ralf: Instrumente zur Verhinderung gläubigerschädigender Ausschüttungen im US-amerikanischen Unternehmensrecht - Vorbild für Europa?, Der Konzern 2006, 504-521

Kulms, Rainer: Die US-amerikanische Limited Liability Company - Vorbild für eine deregulierte GmbH?, ZVglRWiss 102 (2003), 272-287

Lando, Ole / Beale, Hugh: The Principles of European Contract Law, Parts I – III, Den Haag, 2000-2003.

Lange, Herrmann / Schiemann, Gottfried: Handbuch des Schuldrechts, Bd.1: Schadensersatz, 3. Aufl. Tübingen 2003

Leipold, Dieter: Die Eigenverwaltung mit Sachwalter und die Eigenverwaltung bei Kleinverfahren, in Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch : Analysen und Alternativen, 1991

Loewenheim, Ulrich: Handbuch des Urheberrechts, München 2003

Lüke, Wolfgang: Der Musterentscheid nach dem neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, ZZP 119 (2006), 131-158

Lutz, Martin: Schwerpunkte der 7 GWB-Novelle, WuW 2005, 718-732.

Maier-Reimer, Georg / Wilsing, Hans-Ulrich: Das Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, ZGR 2006, 79-120

Mataja, Victor: Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888

Mathis, Klaus: Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, Diss., Berlin 2004

McCrudden, Christopher: Anti-Discrimination Law, 2. Aufl. Dartmouth 2004

Merkt, Hanno / Binder, Jens-Hinrich: Änderungen im Übernahmerecht nach Umsetzung der EG-Übernahmerichtlinie: Das deutsche Umsetzungsgesetz und verbleibende Problemfelder, BB 2006, 1285-1292

Merkt, Hanno / Göthel, Stephan R.: US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Frankfurt/Main 2006

Merkt, Hanno: Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des "Wettbewerbs der Gesetzgeber", RabelsZ 59 (1995), 545-568

Mes, Peter: Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl. München 2005

Meyer, Justus / Ludwig, Sören: Französische GmbH-Reform 2003/2004: hintergründe und ein-Euro-GmbH, GmbHR 2005, 346-351

Micklitz, Hans-Wolfgang / Stadler, Astrid: Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, Münster-Hiltrup 2005

Mörsdorf-Schulte, Juliana: Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages, Diss., Tübingen 1999

Müller, Peter: Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000

Münch, Anspruch und Rechtspflicht, Habil. 1995 (unveröffentlicht).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Gesamt-Hrsg.: Rebmann, Kurt, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 4. Aufl. München 2001

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Gesamt-Hrsg.: Rebmann, Kurt, Band 2a: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 4. Aufl. München 2003

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Gesamt-Hrsg.: Schmidt, Karsten, Band 7a: Aktualisierungsband zum Transportrecht, München 2000

Musielak, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. München 2007

Neye, Hans-Werner: Der Vorschlag 2002 einer Takeover-Richtlinie, NZG 2002, 1144-1145

Oppermann, Thomas: Europarecht, 3. Aufl. München 2005

Pfeiffer, Thomas: Systemdenken im neuen Leistungsstörungs- und Gewährleistungsrecht, ZGS 2002, 23-32

Ploemacher, Harry: Solvency II und Risikomanagement von Versicherern, ZfV 2005, 324-326.

Posner, Richard A.: Economic Analysis of Law, 6. Aufl. New York 2003

Presser, S. / Simpson, R.: "Adjusting to Managerial Behavior," 23 Wm. & Mary L. Rev. 725-790 (1982)

Prütting, Hanns: Die materielle Prozessleitung, in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak, Hrsg.: Heinrich, Christian, München 2004, S. 397-410

Raiser, Thomas: Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Band I, München 2006, Gutachten, Teil B.

Rechel, Janine: Das deutsche Sparkassenwesen durch den Wegfall der Gewährträgerhaftung im Umbruch?, NordÖR 2005, 451-457

Remien, Oliver: Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003

Ring, Gerhard: Die Schadenersatzreform 2002, BuW 2003, 818-823

Rösler, Patrick / Lang, Volker: Zinsklauseln im Kredit- und Spargeschäft der Kreditinstitute - Probleme mit Transparenz, billigem Ermessen und Basel II, ZIP 2006, 214-220

Sack, Rolf: Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP 2003, 549-558

Säcker, Franz Jürgen: Vertragsfreiheit und Schutz vor Diskriminierung, ZEuP 2006, 1-5

Schack, Haimo: Ein unnötiger transatlantischer Justizkonflikt - die internationale Zustellung und das Bundesverfassungsgericht, AG 2006, 823-832

Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. Heidelberg 2005

Schlüter, Andreas: Die EWIV: Modellfall für ein europäisches Gesellschaftsrecht?, EuZW 2002, 589-594

Seibert, Ulrich: GmbH-Reform - Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, ZIP 2006, 1157-1168

Seibt, Christoph H. / Heiser, Kristian J.: Analyse des Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetzes (Regierungsentwurf), AG 2006, 301-320

Smith, Adam: An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations, 1776 (reprint 1875), Book I und Book V

Sonntag, Esther: Entwicklungstendenzen der Privatstrafen, Strafschadensersatz im antiken römischen, deutschen und US-amerikanischen Recht, Diss., Berlin 2005

Stadler, Astrid / Micklitz, Hans-W.: Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, 559-562

Stadler, Astrid: NJW-Sonderheft, 3.Hannoveraner ZPO-Symposion, 8. Oktober 2005, 2006, 19-24

Stadler, Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?, Verhandlungen Deutscher Juristentag 62, Band II/1, 1998, S. I 35-63

Staudinger, Ansgar: Schadensersatzrecht - Wettbewerb der Ideen und Rechtsordnungen, NJW 2006, 2433-2439

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 255-304), Berlin 2004

Steding, Rolf: Aktuelle Tendenzen der Entwicklung im Gesellschaftsrecht, BuW 2003, 900-905

Stiefel, Ernst C. / Stürner, Rolf: Die Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Schadensersatzurteile in exzessiver Höhe, VersR 1987, 829-846

Stürner, Rolf / Hazard, Geoffrey C. / Taruffo, Michele / Gidi, Antonio: Introduction to the Rules of Transnational Civil Procedure, New York University Journal of International Law and Politics 2001, 769-784.

Teichmann, Christoph: Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2006, 2444-2451

Theusinger, Ingo: Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das englische Zivilrecht, Diss., Münster 2001.

Triebel, Volker / Otte, Sabine: Reform des GmbH-Rechts - MoMiG - ein vernünftiger Schritt zur Stärkung der GmbH im Wettbewerb oder Kompromiss auf halber Strecke?, ZIP 2006, 1321-1327

Vallender, Heinz: Eigenverwaltung im Spannungsfeld zwischen Schuldner- und Gläubigerautonomie, WM 1998, 2129-2139

von Caemmerer, Ernst: Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht , RabelsZ 42 (1978), 5-27

Westphalen, Friedrich Graf von (Hrsg.): Produkthaftungshandbuch, Band 2, 2. Aufl. München 1999

Wagner, Gerhard: Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, ZeuP 2000, 200-228

Wagner, Gerhard: Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, NJW 2006, Beilage zu Heft 22, 5-10

Wagner, Gerhard: Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven, JZ 2004, 319-331

Wagner, Gerhard: Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des Sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, München 2006

Wehber, Thorsten: Gewährträgerhaftung und Anstaltslast - ein historischer Rückblick, Kreditwesen 2005, 752-755

Weiss, Susanne / Wöhlert, Helge-Torsten: Societas Europaea - Der Siegeszug des deutschen Mitbestimmungsrechts in Europa?, NZG 2006, 121-126.

Yamazaki, Koshi: International Comparison of Anti-Discrimination Laws, Niigata 2006

Zekoll, Joachim / Bolt, Jan: Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess - Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, NJW 2002, 3129-3134

Zekoll, Joachim: Neue Maßstäbe für Zustellungen nach dem Haager Zustellungsübereinkommen?, NJW 2003, 2885-2887

Zweigert, Konrad / Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996

C. Rezeption und Reform im Zivilprozessrecht

Einvernehmliche Streitbeilegung – Alter Stoff für neue Kleider

Martin Ahrens

1 Der Gütegedanke im Zivilprozess

Ohne sonderliche Übertreibung kann die einvernehmliche Beilegung ziviler Streitigkeiten als ein oberstes rechtskulturelles Ziel angesehen werden. Der Gedanke einer gütlichen Streitbeilegung dürfte so alt wie der streitige Zivilprozess selbst sein[1]. Im mitteleuropäischen Kulturkreis besitzen Güteversuche eine lange Historie voller hoch fliegender Gedanken und idealisierender Ziele, die allerdings vielfach im harten Prozessalltag zerbrochen sind. Anspruch und Wirklichkeit klaffen in der neueren deutschen Prozessrechtsentwicklung bis hin zur Gegenwart in auffälliger Weise auseinander. So überrascht es nicht, wenn der Gesetzgeber eine unzureichende Streitschlichtungskultur konstatiert[2].

Deswegen hat er mit den jüngeren zivilprozessualen Reformen – ich bin geneigt zu sagen: wieder einmal – versucht, den Gütegedanken im Zivilprozess zu stärken. Mit dem Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15. Dezember 1999 hat der Bund in § 15a EGZPO den Ländern die Möglichkeit eröffnet, eine obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung insbesondere in geringfügigen Sachen einzuführen. Außerdem hebt das ZPO-Reformgesetz vom

[1] MüKo/*Prütting*, ZPO, 2. Aufl., Ergänzungsband, § 278 Rn. 6; *Koch*, Der Preußische Civil-Prozeß, 2. Aufl., S. 283; nach *Heffter*, System des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts, 2. Aufl., § 260, stammt der Vergleichsversuch aus den deutschen Rechten.

[2] BT-Drucks., 14/4722, 58, 62, 83; Musielak/*Foerste*, 5. Aufl., § 278 Rz. 1.

27. Juli 2001 im Bestreben einer möglichst frühzeitigen Prozessbeendigung den Auftrag der Zivilgerichte hervor, auf eine konsensuale Streitbeilegung hinzuwirken[3]. In den Gesetzesmaterialien werden dafür vier zentrale Argumente angeführt. Eine gütliche Streitbeilegung stelle 1. den Rechtsfrieden häufig eher sicher als ein streitiges Urteil. Sie wahre 2. die wohlverstandenen Interessen der Parteien, spare ihnen 3. Kosten und habe 4. eine entlastende Wirkung für die Justiz[4].

Aus diesen Zielsetzungen wird ein anspruchsvolles Rechtsprogramm abgeleitet. Schenkt man einigen Literaturstimmen Glauben, soll das erstinstanzliche Verfahren nunmehr durchgängig von einem Güteelement charakterisiert werden. In dieser Vorstellung wird die gütliche Streitbeilegung sogar zur Prozessmaxime erhoben[5]. Bei aller Empathie für den prozessualen Gütegedanken bleiben beträchtliche Zweifel nicht nur gegenüber solchem übersteigerten Maximendenken, sondern auch an der konkreten Ausgestaltung der Güteregelungen bestehen. Dieses Spannungsverhältnis zwischen der weit reichenden Teleologie und den doch wohl engeren Leistungsgrenzen führt zu der grundsätzlichen Frage, welchen Beitrag das Zivilverfahrensrecht zu einer konsensorientierten Streitlösung leisten kann?

Im Folgenden werden deswegen in einer kleinen Rückschau vor allem die Grundlinien einer gütlichen Einigung in der neueren deutschen Prozessrechtsgeschichte nachgezeichnet. Dazu gehört auch ein kurzer Blick über die Grenzen hinweg, um einige Aspekte der für das deutsche Zivilverfahrensrecht gerade im 19. Jahrhundert einflussreichen französischen Rechtslage darzustellen. In dieser vielhundertjährigen Experimentierphase wurden zahlreiche Versuchsanordnungen erprobt, die jedenfalls bei langfristigen Zeitreihenanalysen fehlgeschlagen sind. Im Keller unseres Gesetzgebers häufen sich zerbrochene Reagenzgläser und verstaubte Notizen, die kaum jemand wahrnimmt oder aufräumt. So überrascht es kaum, wenn auch die gegenwärtigen Versuchsaufbauten, gemeint sind die aktuellen Novellen, nicht die an sie gerichteten Erwartungen erfüllen.

Dennoch besteht kein Anlass, vom Ziel einer verbesserten Streitschlichtungskultur Abstand zu nehmen. Es existieren einige durchaus hoffnungsvolle Entwicklungen, die sich aber bislang eher am Rande des zivilprozessualen Regelungskanons vollziehen. Abschließend wird daher versucht, einige strukturelle Anforderungen einer einvernehmlichen Streitbeilegung anzusprechen. Zunächst soll aber die kurze prozesshistorische Umschau erfolgen.

2 Prozessgeschichtliches Panorama

Das einheitliche deutsche Zivilverfahren, das in der CPO von 1879 Gestalt gefunden hat, nährte sich primär aus den beiden Wurzeln des gemeinen Prozessrechts und des französischen Zivilverfahrens. Geringere Triebkräfte entfaltete

[3] Zöller/*Greger*, 25. Aufl., § 278 Rz. 1.

[4] BT-Drucks. 14/4722, S. 62; s.a. *Röhl/Weiß*, Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis, S. 5 ff.

[5] *Engers*, in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, §§ 278, 279 Rn 5.

dagegen der preußische Prozess. Auch für die gütliche Streitbeilegung muss sich die Spurensuche diesen drei großen Prozesssystemen zuwenden.

2.1 Gemeines Prozessrecht

2.1.1 Spruchtätigkeit und Vermittlungsamt

Beim gemeinen Zivilprozess handelte es sich um ein altes Gewächs, dessen Ursprünge im römisch-kanonischen Prozessrecht, dem Statutarrecht der oberitalienischen Städte[6] und der Gerichtspraxis[7] lagen. Von der Gesetzgebung des Reichs wurde das Verfahren zum Kameralprozess ausgebildet[8]. Juristenrecht und Gerichtsgebrauch gestalteten ein Gefüge prozessualer Grundregeln als Basis des gemeinrechtlichen Verfahrens aus, das durch die Territorialgesetzgebungen[9] aufgenommen sowie vielfach umgeformt und schattiert wurde. Auf mehreren Wegen wirkte das gemeine Prozessrecht in die Gerichtspraxis hinein. Es prägte die Reichsgesetze und durchdrang die Landesgesetzgebungen der deutschen Partikularstaaten vor allem für die Obergerichte. Zudem war es ergänzend als subsidiär geltendes Recht heranzuziehen[10]. Vor dem In-Kraft-Treten der CPO galten diese gemeinrechtlichen Prozessformen von Schleswig im Norden über Hannover und Hessen im Zentrum bis zu den altbayerischen Provinzen im Süden.

Große Ausstrahlungskraft auf die anschließende gemeinrechtliche Entwicklungsgeschichte der gütlichen Streitbeilegung besaß § 110 des Jüngsten Reichsabschieds von 1654. Nach dieser Bestimmung sollte der erstinstanzliche Richter in zweifelhaften Sachen *quacunque parte iudicii*, in jedem Teil des Verfahrens, die Parteien durch alle dienlichen Mittel und Wege zur Einigung veranlassen, um dadurch weitläufige und kostspielige Rechtsverfolgungen zu vermeiden. Zeitgleich entstand eine ganz ähnliche Regelung in Titel II § 5 der Reichshofratsordnung von 1654.

Damals wie heute bildeten Prozessbeschleunigung und Kostenersparnis die Tragwerke der Güteverhandlung. Meist unter Hinweis auf die reichsrechtlichen Quellen wurden diese Argumente vielfach rezipiert[11]. Zunächst noch verborgen

---

[6] *Kohler*, in: Holtzendorff/Kohler, Enzyklopädie, Bd. 3, S. 261.

[7] *Buchda*, Gerichtsverfahren, HRG Bd. 1, Sp. 1551 (1555 ff.); *Schmidt*, Zivilprozessrecht, S. 69 ff.

[8] *Dick*, Entwicklung des Kameralprozesses, S. 11 ff.; *Sellert*, Prozeß des Reichskammergerichts, HRG Bd. 4, Sp. 29 ff.; *Götte*, Der Jüngste Reichsabschied, S. 68 ff., 134 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 182 f.; *Endemann*, Beweisverfahren, S. 5 ff.; ergänzend *Smend*, Reichskammergericht, S. 1 ff.

[9] Unübertroffen materialreich *Schwartz*, Vierhundert Jahre deutscher Civilproceß-Gesetzgebung; s.a. *Buchda*, Gerichtsverfahren, HRG Bd. 1, Sp. 1551 (1557); *Stobbe*, Rechtsquellen, 2. Abth., S. 258.

[10] Zuletzt noch § 1 des Entwurfs eines Gesetzes betreffend das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Kiel 1849, für die Herzogthümer Schleswig-Holstein; allgemein *Stobbe*, Rechtsquellen, 2. Abth., S. 110 ff.

[11] *Danz*, Grundsäze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Processes, 3. Aufl., § 149; *Grolman*, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, § 124; *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, 6. Aufl., Bd. 2,

hinter solchen prozesspraktischen Erwägungen schienen aber in der naturrechtlich geprägten Prozessliteratur auch neue Visionen auf. Der richterliche Versuch einer gütlichen Einigung wurde u.a. als heiligste Pflicht des Richters bezeichnet[12]. Stärker noch als eine selbständige Verpflichtung auf die Gütetätigkeit ist dieser Gedanke als Facettierung der richterlichen Rechtsprechungsaufgabe auszudeuten.

Einhellig wurde im Prozess ein möglichst frühzeitiger Güteversuch verlangt[13], doch kam dafür praktisch jedes Stadium des ersten Verfahrens in Betracht. Der Gütetermin sollte beispielsweise nach der Klageerhebung[14], aber auch nach dem Benennen der Exceptionen[15] bzw. der Gegenforderungen[16] oder der Replik[17] abgehalten werden. Ein erster Grund für diese Unsicherheit lag in dem noch unbestimmten Verhältnis zwischen den mündlichen und schriftlichen Verfahrenselementen. Abgesehen vom untergerichtlichen Verfahren erfolgte der gemeinrechtliche Prozess überwiegend schriftlich und mittelbar. Für die Güte- bzw. Sühneverhandlung[18] war jedoch ein besonderer Termin erforderlich[19], dessen zutreffender Platz in der Prozessdramaturgie erst noch verortet werden musste.

Verantwortlich für diese tastende Suche nach einem geeigneten Zeitpunkt war aber auch die Einbindung der Vremittlungsbemühungen in die richterliche Entscheidungsaufgabe, die eine hinreichende Kenntnis des Streits erfordern sollte[20]. Ohne diese Sachkenntnis sei der Richter nicht befähigt, die Vergleichsverhandlungen gehörig zu leiten und sachgemäße Vorschläge zu unterbreiten[21]. In diesen Erwägungen spiegelte sich wider, wie sehr noch das Vermittlungsamt durch die richterliche Spruchtätigkeit und deren Basierung auf einer Tatsachen- und Rechtskenntnis geprägt war. Für den erfolgreichen Abschluss des Gütetermins stand offenbar die richterliche Kompetenz und Verfahrensleitung stärker im Vordergrund als die autonomen Einigungsbemühungen der Parteien.

Bestätigt wird diese in den justiziellen Entscheidungskontext eingebundene Aufgabenbestimmung des Gütetermins durch die mit der richterlichen Vorbereitung verfolgten Zwecke. Nach § 110 des Jüngsten Reichsabschieds sollte sich

---

§ 920; *Martin*, Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 11. Aufl., § 319; *Linde*, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 6. Aufl., § 165.

[12] *Danz*, Grundsäze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Processes, 3. Aufl., § 149.

[13] *Danz*, Grundsäze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Processes, 3. Aufl., § 150.

[14] *Mittermaier*, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, 1. Beitrag, 2. Aufl., S. 130.

[15] *Danz*, Grundsäze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Processes, 3. Aufl., § 150.

[16] *Grolman*, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, § 124.

[17] *Nettelbladt*, Handbuch des Mecklenburgischen Civil-Prozesses, 2. Aufl., § 112.

[18] Übereinstimmend im Sachverzeichnis verwendet von *Renaud*, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilproceßrechts; *Morstadt*, Gemein-deutscher Civilproceß-Schlüssel; *Koch*, Der Preußische Civil-Prozeß, 2. Aufl.

[19] *Nettelbladt*, Handbuch des Mecklenburgischen Civil-Prozesses, 2. Aufl., § 112.

[20] Vgl. *Bayer*, Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilproceß, 9. Aufl., S. 646; *Osterloh*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, 2. Bd. S. 8.

[21] *Schubert* (Hrsg.), Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Bd. IV, S. 1282.

der Richter über die Sache informieren, um durch einen Vergleich weder eine ungerechte Sache zu bevorzugen noch eine sich im Recht befindende Partei zu beschweren. Auf ähnliche Gedanken stützten sich die partikularen Rechte[22], wie Titel VII der Anhaltischen Landes- und Proceß-Ordnung von 1725. Nicht der von den Parteien subjektiv als adäquat empfundene Interessenausgleich, sondern die an eine hoheitliche Entscheidung angelehnte objektive Richtigkeit des Ergebnisses standen im Vordergrund. Ein gerichtlicher Vergleich wurde eher in der Funktion eines gerichtlichen Urteils als einer Parteivereinbarung gesehen.

Einen anderen Akzent setzte die in § 110 des Jüngsten Reichsabschieds von 1654, aber auch in den Landesgesetzen, wie § 289 der Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden, formulierte Verpflichtung zu einem Vergleichsversuch in zweifelhaften und verwickelten Rechtssachen[23]. Sicherlich diente eine alsbaldige gütliche Einigung auch den Interessen der Beteiligten. Gerade in diesen Fällen kam aber auch der Streitentscheidung eine wichtige rechtsfeststellende Funktion zu. Wenn dennoch die Streitbeilegung gefördert werden sollte, zielte dies auf eine andere Aufgabe, d.h. die Entlastung der Gerichte ab.

2.1.2 Verfahrensherrschaft

Bei der Organisation des gerichtlichen Einigungsversuchs existierten in den Rechten des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts zahlreiche gerichtliche Zwangsmaßnahmen. Regelmäßig konnte ein persönliches Erscheinen der Parteien verlangt werden[24], so etwa nach § 74 der Braunschweiger Civilproceßordnung von 1850. In einer Zeit, die den Advokaten ohnedies nicht günstig war[25], überrascht es nicht, wenn die Advokaten beim Vergleichsversuch aus den Verhandlungsräumen entfernt werden durften[26]. Diese Befugnis mag dem Misstrauen gegenüber einer Einigungsbereitschaft der Prozessvertreter entsprungen sein. Zugleich richtete sie das Verfahren auch äußerlich auf das Gericht aus, dem die dominierende Verfahrensrolle zugewiesen wurde.

Zu den schärfsten Konsequenzen führte das in zeitgenössischen Verfahrensregeln häufig eröffnete richterliche Durchgriffsrecht[27]. Durchgreifen bedeutete, die Parteien zu einem Vergleich zwingen zu können. Anstelle einer freiwilligen Ver-

---

[22] *Trotsche*, Materialien zu einem Handbuche des Mecklenburg-Schwerinischen Particular-Civil-Processes, Bd. 1, S. 325.

[23] *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., S. 547.

[24] *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., S. 548; *Wendt*, Vollständiges Handbuch des bayerischen Civilprocesses, 1. Bd. S. 93 Fn. 4; s.a. *Grahl*, Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen, S. 21.

[25] Zum preußischen Weg *Grahl*, Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen, S. 29 ff.

[26] *Wendt*, Vollständiges Handbuch des bayerischen Civilprocesses, 1. Bd. S. 93 Fn. 4.

[27] Tit. VII Anhaltische gesambte Landes- und Proceß-Ordnung von 1725; Tit. I Justizreglement Hannover 1718; *Kreittmayr*, Anmerkungen, S. 220 f.

einbarung konnte gegen die sich sträubenden Parteien noch vor dem Beweisverfahren ein Endurteil gefällt werden[28]. Hier zeigte sich die Verbindung zwischen Streitbeilegung und Entscheidungstätigkeit in einer anderen Gestalt. Dem Richter wurde im Güteverfahren ein auf unvollständigen Entscheidungsgrundlagen basierendes Erkenntnis gestattet. Wegen der Nähe des Vergleichsschlusses zur gerichtlichen Entscheidungstätigkeit wurde offenbar der darin begründete Eingriff in die Autonomie und den Rechtsschutz der Parteien als nicht so erheblich angesehen.

Im beginnenden 19. Jahrhundert setzte mit der vernunftrechtlichen Prozessliteratur ein Wandel ein. Anfangs noch tastend und vorsichtig wurden Zwangsentscheidungen beschränkt und zwischenzeitlich nur bei Unterhaltsleistungen, Bagatellsachen und Angelegenheiten des öffentlichen Interesses zugelassen[29]. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts wurde schließlich mit einem scharfen Schnitt jegliches Durchgriffsrecht im Güteverfahren als unzulässig erklärt[30]. Demgemäß galt nach § 74 der Braunschweiger Civilproceßordnung von 1850 bei einem Ausbleiben der Parteien die Güte als abgelehnt. Folgerichtig sollte sich der Richter nach diesen Vorstellungen nicht mehr über die Berechtigung des Anspruchs äußern dürfen[31]. In solchen Korrekturen deutete sich ein Modellwechsel bei der gütlichen Einigung an, die aus dem gerichtlichen Bereich in die autonome Sphäre der Parteien überführt wurde.

Auf die noch nicht hinreichend geklärten systematischen Grundfragen weisen die beträchtlichen Schwankungen in den praktischen Gestaltungen hin. Nach dem Jüngsten Reichsabschied konnte allein vom Richter eine Güteverhandlung angeordnet werden[32]. Spätere Prozessordnungen, wie § 268 der österreichischen Allgemeinen Gerichtsordnung von 1781, gaben der Initiative der Parteien mehr Raum. § 175 der hannoverschen bürgerlichen Prozessordnung von 1850 und ihr folgend § 221 des Entwurfs einer allgemeinen Zivilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten von 1866 gestatteten dem Kläger sogar, den Beklagten vor Klageerhebung zu einem Sühneversuch vor dem Amtsgericht seines allgemeinen Gerichtsstands zu laden.

In einer dogmengeschichtlich folgenreichen Entwicklung gerät hier die vorprozessuale, aber gerichtsverbundene Streitbeilegung zu einer justiziellen Aufgabe. Eine neue, nicht mehr auf die gerichtliche Entscheidungstätigkeit und die engeren Prozesszwecke beschränkte Sicht dieses im gerichtlichen Umfeld erfolgenden Einigungsversuchs zeichnete sich ab. Die Parteien konnten selbständige, durch die Autorität des Richters unterstützte, aber nicht notwendig an einer umfassenden

---

[28] *Morstadt*, Gemein-deutscher Civilproceß-Schlüssel, § 165.

[29] *Danz*, Grundsäze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Processes, 3. Aufl., § 150; *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, 6. Aufl., Bd. 2, § 920.

[30] *Linde*, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, § 165; *Wendt*, Vollständiges Handbuch des bayerischen Civilprocesses, 1. Bd. S. 135; *Martin*, Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 11. Aufl., § 319.

[31] *Danz*, Grundsäze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Processes, 3. Aufl., § 150.

[32] *Linde*, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, § 165.

Feststellung der Rechte ausgerichtete Vergleichsbemühungen unternehmen. Der Kontext mit der richterlichen Entscheidung war zerbrochen.

2.1.3 Haltepunkte

Systematisch gesehen fand der Gütegedanke einen festen Anknüpfungspunkt vor allem beim untergerichtlichen Verfahren in Bagatellsachen[33]. Dies entsprach der alten Forderung des Jüngsten Reichsabschieds von 1654, in erstinstanzlichen Sachen eine gütliche Einigung zu versuchen. So konnte der Gütetermin problemlos in die untergerichtliche Prozedur eingebunden werden, denn im Unterschied zu dem sonst meist schriftlichen Prozess des gemeinen Rechts wurde vor den Untergerichten mündlich verhandelt. Bis in das 19. Jahrhundert war zudem das untergerichtliche Verfahren auch wegen der mangelnden Qualifikation der Unterrichter mehr an der Billigkeit als an Recht und Gesetz ausgerichtet[34]. Die unterrichterlichen Entscheidungen trugen daher häufig eher den Charakter einer Vermittlung[35] als eines Rechtsspruchs[36]. Hier nun existierte ein Berührungspunkt mit dem noch nicht vollständig einer Rechtsbindung entkleideten Gütegedanken. Nach Form und Inhalt standen untergerichtliches Bagatellverfahren und die Güteverhandlung Seite an Seite.

Die Grundthemen einer in das Gerichtsverfahren integrierten einvernehmlichen richterlichen Streitbeilegung sind damit formuliert, wenn sie auch in der einen oder anderen Richtung ihrer Entfaltung harrten. Spruchtätigkeit und Vermittlungsamt, Richtermacht und Parteifreiheit, untergerichtliche Billigkeitsjudikatur und inhaltliche Bindung der Vermittlungsbemühung sowie eine Justizentlastung bilden dafür wichtige Eckpunkte.

2.2 Preußisches Verfahren

2.2.1 Friedensrichter

Vergleichsverfahren neben den Prozessverfahren geführt wurden[37]. In einem über die Prozessformen der Zeit weit hinaus reichenden Konzept wurden richterliche

---

[33] Tit. VII Anhaltische gesambte Landes- und Proceß-Ordnung von 1725; Cap. XVII, § 1 Codex Juris Bavarici Judiciarii; §§ 754 ff. Proceßordnung Baden 1851; *Leonhardt*, Die bürgerliche Proceßordnung, 3. Aufl., vor § 175; *Danz*, Grundsäze, § 149 f.; *Thibaut*, System, 3. Bd., § 1115; *Wendt*, Handbuch, 1. Bd., S. 134 ff.; *Linde*, Lehrbuch, § 165; *Renaud*, Lehrbuch, § 75; kritisch *Mittermaier*, Gemeiner Prozess, 1. Beitrag, S. 131 f.

[34] Sächsische erläuterte und verbesserte Processordnung von 1724, Ad Tit. I, § 6; Cap. III, § 3 Codex Juris Bavarici Judiciarii; Gesetz-Revision, Pens. IV, Bericht 1827, 1. Theil, S. 111, 132; *Schmid*, Das mündliche Verhör, S. 11 ff., 25.

[35] Vgl. die Forderungen in der sächsischen erläuterten und verbesserten Processordnung von 1724, Ad Tit. I, § 6.

[36] *Nörr*, Reinhardt, S. 14.

[37] *Koch*, Der Preußische Civil-Prozeß, 2. Aufl., S. 285.

Vermittlungsaufgabe und Entscheidungstätigkeit getrennt. Da jedoch das Vergleichsverfahren vom Prozessrichter eingeleitet wurde, existierten keine hinreichend abgegrenzten Kompetenzen und wohl auch keine überzeugenden Verfahrensprogramme, unter denen sich die Vergleichkommissionen bewähren konnten. So blieb das Institut weitgehend unbekannt und erlosch bald wieder[38].

2.2.2 Sühneverfahren und materielle Gerechtigkeit

Mit den vernunftrechtlichen Kodifikationen des Corpus Juris Fridericianum von 1781 und der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793 bzw. 1795 schuf der preußische Gesetzgeber einen Gegenentwurf zum gemeinen Prozess. Als drittes Kraftfeld der deutschen zivilprozessualen Entwicklung stand das preußische Instruktionsverfahren zunächst neben den gemeinrechtlichen und nach der Jahrhundertwende auch neben den französischen Modellen. Den preußischen Reformern genügte dabei nicht mehr eine evolutionäre Fortentwicklung der geltenden Rechtsmasse, denn dem Prozess sollte ein neuer Geist, ein verändertes Ideal eingehaucht werden. In einem bewussten Bruch mit den Traditionen definierten sie die zivilprozessualen Leitthemen um. Zum Ziel einer höheren materiellen Wahrheit sollten die Rechtsstreitigkeiten auf der Basis eines gerichtlich geleiteten Instruktionsverfahrens entschieden werden.

Prozesse wurden, wie es in § 22 der Einleitung zur Allgemeinen Gerichtsordnung hieß, als ein Übel der bürgerlichen Gesellschaft angesehen, die durch gütliche Übereinkommen möglichst vermieden werden sollten. In dem durch den Gesellschaftsvertrag geeinten Staatswesen hatten die Untertanen auch die Einigung über ihre Streitfragen anzustreben. Jeder ungebändigte Einigungsdruck drohte aber mit den Rechten der Parteien zu kollidieren. Um dies zu verhindern, sollte auch im Sühneverfahren dem Endziel materieller Gerechtigkeit Rechnung getragen werden, also keine Partei klare und unstreitige Rechte aufopfern müssen[39]. Dazu sollten die Parteien, wie es in einem emanzipatorischen Gedanken hieß, in die Lage versetzt werden, die wirkliche Situation zutreffend zu übersehen[40]. Nicht mehr nur der Richter, sondern auch die Parteien mussten dann über die tatsächliche und rechtliche Situation informiert sein. Durch eine gütliche Einigung der Parteien war das Ziel materieller Wahrheit allerdings noch schwieriger zu erreichen, als durch eine richterliche Entscheidung. Der Erfolg dieses Vergleichsverfahrens beruhte damit auf einer noch fragileren Grundlage, als der des Instruktionsverfahrens.

Auf der Basis des neuartigen Untersuchungsverfahrens[41] wurden wesentliche gemeinrechtliche Ordnungsmuster des Güteverfahrens neu strukturiert[42]. Die Ori-

[38] *Koch*, Der Preußische Civil-Prozeß, 2. Aufl., S. 283, 285.
[39] AGO Einleitung § 24.
[40] Tit. XI § 6 AGO.
[41] *Ahrens*, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess, Tübingen 2007, i.E., S. 113 ff., 137 ff.
[42] Vgl. *Frantz*, Der Preußische Civil-Prozeß, S. 182; Stellter, Der Preußische Civil-Prozeß, S. 122 f.

entierung des Sühneverfahrens an einer auch von den Parteien erkennbaren materiellen Wahrheit ging weit über das gemeine Prozessrecht hinaus. Zu den auffälligen Neuerungen gehörte auch die Erstreckung auf alle Zivilprozesse, die aus der veränderten Prozessform leicht erklärbar ist. Die späteren preußischen Prozesslegislationen behielten den Sühneversuch bei[43], wenn auch § 275 des französisch eingefärbten Entwurfs von 1864 nur noch einen fakultativen Einigungsversuch durch das Gericht vorsah.

Eine Kreuzung zwischen preußischen und französischen Gedanken brachte das württembergische Organisationsedikt von 1818. Danach hatte zunächst ein Güteversuch vor den auch als Friedensgerichten bezeichneten Ortsobrigkeiten zu erfolgen[44]. In dieser Anforderung war eine Trennung zwischen Prozess- und Güterichtern angelegt. Für ein unentschuldigtes Fernbleiben vom Termin musste eine Strafe von 30 Kreuzern entrichtet werden[45], womit eine Brücke zum französischen Prozess geschlagen wurde.

2.3 Französisches Zivilverfahrensrecht

Im französischen Rechtskreis wurde das außergerichtliche Güteverfahren auf eine umfassende Basis gestellt. Mit der grande conciliation existierte in Frankreich von 1790 bis 1949 ein Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichter[46]. Gefordert wurden die Friedensgerichte zunächst in den Cahiers, den Beschwerdeheften der Generalstände von 1789, in denen als Vorbilder u.a. auch die preußischen Einrichtungen angeführt wurden[47]. Die englischen Friedensrichter, die judges of peace, dürften dagegen den französischen nur den Namen gegeben haben[48]. Erstmals im französischen Recht wurde dieses Institut in Titel X Art. 1 des Gesetzes vom 24. August 1790 geregelt[49]. In dem zunächst durch den demokratischen Akt einer Wahl bestimmten Friedensrichter kann ein zeitbedingter Gegenentwurf zur obrigkeitlich geleiteten Form der Streitbeilegung gesehen

---

[43] Z.B. § 15 der Verordnung über den Mandats-, den summarischen und den Bagatellprozeß vom 1.6.1833; § 170 Entwurf Koch 1848.

[44] §§ 16 ff. württembergisches Organisationsedikt.

[45] § 21 I württembergisches Organisationsedikt.

[46] *Bösken*, Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten, S. 17, von einer petite conciliation wurde gesprochen, wenn sich ein Urteilsverfahren vor dem Friedensrichter anschloss; zur Abschaffung ebenda S. 90 ff.

[47] *Erkens*, Die französische Friedensgerichtsbarkeit, S. 7 ff., 38, 47 ff.

[48] *Erkens*, Die französische Friedensgerichtsbarkeit, S. 59 f.; *Bösken*, Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten, S. 23; a.A. die ältere Literatur wie *Schlink*, Kommentar über die französische Civil-Prozeß-Ordnung, 1. Bd., S. 331; *Mittermaier*, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, 1. Beitrag, 2. Aufl., S. 133.

[49] *Erkens*, Die französische Friedensgerichtsbarkeit, S. 81; *Nießen*, Die Aachener Friedensgerichte in französischer und preußischer Zeit, S. 42; *Bösken*, Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten, S. 19, spricht vom Dekret vom 16.4.1790.

werden. Dieses Wahlrecht wurde aber noch vor dem In-Kraft-Treten des Code de procédure civile von 1806 abgeschafft[50].

Die Art. 48 – 58 des Code de procédure civile schrieben einen zwingenden Vergleichsversuch vor dem Friedensrichter vor. Zu diesem Sühneversuch musste der Kläger den Beklagten laden[51]. Durch eine Strafzahlung von 10 Francs gem. Art. 56 des Code konnte sich freilich jede Partei vom Sühneversuch dispensieren lassen[52]. Der obligatorische Charakter des Sühneversuchs wurde damit stark relativiert. Allerdings war der von diesen monetären Wirkungen ausgehende Teilnahmedruck bei geringfügigen Sachen am größten.

Ab 1798 führte Frankreich zunächst in den linksrheinischen Gebieten, später auch in den (anderen) deutschen Departements und Satellitenstaaten seine Rechts- und Gerichtsverfassung ein. Als rheinisch-französisches Recht galt der Code de procédure civile auch nach dem Ende der Besatzung bis 1879 in den preußischen und bayerischen Rheinlanden fort. Dadurch existierte eine durch lange Erfahrung geprägte unmittelbare Anschauung von den französischen Institutionen.

Mit harschen Worten wurde dieses Sühneverfahren als kostspielige und zeitraubende Formalität kritisiert[53]. Wegen der zahlreichen Ausnahmen und Umgehungen wurde in weniger als 20 % der Verfahren ein Sühneversuch unternommen[54]. Von ihnen wurden mit im Lauf der Zeit abnehmender Tendenz wiederum nur gut 20 % verglichen[55]. Noch drastischer fielen die Zahlen für das Aachener Friedensgericht I aus. Dort waren 1858/59 insgesamt 1268 Zivilprozesse anhängig, von denen 33 im Vergleichsbüro geführt und 2 verglichen wurden[56].

In den nachfolgenden Kodifikationen der französischen Prozessrechtsfamilie wurde dagegen meist nur ein fakultatives Güteverfahren vorgesehen[57]. Der Bogen reicht von Art. 961 des Code de procédure civile du royaume de Westphalie von 1809[58], der Prozessordnung für den westphälischen Satellitenstaat, über das Genfer Prozessgesetz, das Loi sur la procédure civile du Canton de Genève aus dem Jahr

[50] Vgl. *Erkens*, Die französische Friedensgerichtsbarkeit, S. 95 f.; *Bösken*, Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten, S. 21 ff., 34.

[51] Im Prozess lud die Partei zu einem Termin, die als erste ein Interesse an der Fortsetzung des Verfahrens hatte.

[52] *Schlink*, Kommentar über die französische Civil-Prozeß-Ordnung, 1. Bd., S. 335.

[53] *Mittermaier*, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, 1. Beitrag, 2. Aufl., S. 134.

[54] *Schlink*, Kommentar über die französische Civil-Prozeß-Ordnung, 1. Bd., S. 334.

[55] *Bösken*, Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten, S. 45.

[56] *Nießen*, Die Aachener Friedensgerichte in französischer und preußischer Zeit, S. 85, mit ähnlichen Zahlen für die anderen Jahre.

[57] Beim westphälischen Gesetz kann dies aus gemeinrechtlichen Elementen zu erklären sein. Für Genf hatte bereits das Gerichtsverfassungsgesetz von 1816 den obligatorischen Sühneversuch abgeschafft, da er zu einer bloßen Formalität herabgesunken war, *Schurter/Fritzsche*, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bd. II/1, S. 27.

[58] *Rappard*, Systematische Darstellung der französischen Prozessordnung, 1. Th., S. 79.

1819[59], bis zu den Art. 221, 621, 660 der bayerischen Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1869.

Glanz und Elend dieser Institution lagen dicht beieinander. Seine Anlage erfüllte die wichtigsten Wünsche nach einem allgemeinen, orts- und zunächst auch volksnahen Güteverfahren. Mit der personellen Trennung zwischen Prozess- und Güterichter eröffnete sich die Chance auf ein von den bestehenden Mustern befreites Verfahren. Belastend wirkten dagegen der Zeitaufwand, die Kosten und vor allem die indifferente prozessuale Stellung. Die grande conciliation trug einen Appellcharakter, in dem die Einigungsbereitschaft der Parteien nur durch den Prozessdruck, nicht aber durch die Verfahrensfunktionen unterstützt wurde. Als verbindliches Verfahren konnte sie die Parteien nicht erreichen.

2.4 Die CPO von 1879 und ihre älteren Novellen

Gegenüber diesen Prozesssystemen erforderte die deutsche Civilprozessordnung aufgrund ihres eigenständigen Verfahrensmodells und ihres Leitbilds der Parteiautonomie[60] eine andere Konzeption. Nach § 268 CPO konnte das Gericht in jeder Lage des Rechtsstreits eine gütliche Einigung versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. Bis 1924 eröffnete darüber hinaus § 471 CPO ein fakulatives Güteverfahren vor den Amtsgerichten. Von einer Partei, welche Klage erheben wollte, konnte die Gegenseite hierzu geladen werden.

1913 existierten diese Güteformen praktisch nur noch auf dem Papier. Lediglich in 0,3 % aller erstinstanzlichen Zivilrechtsstreitigkeiten wurde ein Verfahren nach § 268 CPO eingeleitet und gar nur in bedeutungslosen 0,08 % aller Verfahren ein Vergleich nach § 471 geschlossen[61]. Deswegen schlug in der Folgezeit das Pendel wieder zugunsten eines verbindlichen Güteverfahrens aus. Vorbereitend wirkte die Sollvorschrift in § 18 der Kriegsverordnung vom 9.9.1915[62]. Mit der Emminger-Novelle von 1924 wurde schließlich in den §§ 495a ff. ZPO ein bis 1950 geltendes obligatorisches Güteverfahren für amtsgerichtliche Prozesse geschaffen.

Als wiederkehrende Motive dafür finden sich ebenso die Gerichtsentlastung wie ein schneller und kostengünstiger Zugang zum Recht[63]. Beabsichtigt war auch, das Güteverfahren zur Vorbereitung der streitigen Verhandlung zu nutzen[64]. An

[59] *Mittermaier*, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, 1. Beitrag, 2. Aufl., S. 134 f.; *Bellot*, exposé de motifs, S. 34 – 36.

[60] *Ahrens*, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess, Tübingen 2007, i.E., S. 638 ff.

[61] *Bösken*, Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten, S. 208.

[62] RGBl 1915, 562.

[63] Begründung des Regierungsentwurfs vom 9./16.1.1924, in: *Schubert* (Hrsg.), Zivilprozessreform in der Weimarer Zeit, S. 44; *Feix*, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegung im deutschen Zivilprozessrecht, S. 66.

[64] Begründung des Regierungsentwurfs vom 9./16.1.1924, in: *Schubert* (Hrsg.), Zivilprozessreform in der Weimarer Zeit, S. 44.

den Grundlagen des Justizgewährungsanspruchs rührte allerdings eine Äußerung in den Materialien, wonach derjenige, der einen Streit austragen wolle, in erster Linie nur einen Anspruch auf Herbeiführung eines gütlichen Ausgleichs habe. Ein Anspruch auf Rechtsschutz bestehe nur, wenn der Ausgleichsversuch aussichtslos oder misslungen sei[65]. An diesem Punkt traten die weiterhin ungeklärten Grundfragen des Gütegedankens hervor.

Im Jahr 1931 wurden nach der preußischen Justizstatistik in diesem Güteverfahren rund 11 % aller amtsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten verglichen[66]. Für das amtsgerichtliche Verfahren insgesamt, also einschließlich der Güteverhandlung, betrug die Vergleichsquote rund 13 %[67]. Korreliert man dies in aller Vorsicht mit den Zahlen für das Jahr 2000, in dem rund 10 % der amtsgerichtlichen Verfahren verglichen wurden[68], ist kein sonderlich erhöhtes Schlichtungspotenzial der damaligen gütlichen Streitbeilegung erkennbar.

3 Aktuelle Rechtslage

3.1 Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung gemäß § 15a EGZPO

§ 15a EGZPO enthält eine Öffnungsklausel, mit der die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes im Zivilprozessrecht partiell zurück genommen wird. Sie gestattet es den Ländern, eine zwingende außergerichtliche Streitschlichtung vor Klageerhebung einzuführen. Für vermögensrechtliche Auseinandersetzungen bis zu einem Streitwert von € 750,-, für Streitigkeiten aus dem privaten Nachbarrecht und für gewisse Ehrverletzungen kann danach ein Vorschaltverfahren vorgesehen werden. Ist landesrechtlich eine Streitschlichtung vorgeschrieben, bildet der erfolglose Schlichtungsversuch eine negative Prozessvoraussetzung[69].

Die auf einseitigen Antrag einzuleitende Schlichtung darf höchstens drei Monate dauern. Im Übrigen können sich die Schlichtungsstellen häufig selbst Verfahrensordnungen geben, die nur in den Konturen vorgeschrieben sind[70]. Ein mündliches Verfahren wird nicht allgemein verlangt, ist aber möglich. Insgesamt wirken die Verfahrensvorschriften wenig ausbalanciert. Einem weiten Verfahrens-

[65] *Schubert* (Hrsg.), Zivilprozessreform in der Weimarer Zeit, S. 300.

[66] *Bösken*, Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten, S. 160.

[67] *Feix*, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegung im deutschen Zivilprozessrecht, S. 73.

[68] *Feix*, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegung im deutschen Zivilprozessrecht, S. 73 Fn. 155.

[69] BGH NJW 2005, 437.

[70] Z.B. §§ 4 I GüSchlG NRW, 37 f I SAG JusG, in: Prütting (Hrsg.), Außergerichtliche Streitschlichtung, 274, 279.

ermessen des Schlichters[71] steht ein vielfach an zivilprozessualen Mustern orientiertes formelles Schlichtungsrecht gegenüber.

Die Erfahrungsberichte zeigen ein wenig günstiges Bild dieser obligatorischen Streitschlichtung[72]. Auch hierfür steht das Schlagwort von der Flucht in das Mahnverfahren. In dem mit rund 18 Mio. Einwohnern bevölkerungsreichsten Bundesland Nordrhein-Westfalen sind im Jahr 2003 lediglich 1261 Schlichtungsverfahren mit einer Vergleichsquote von rund 45 % durchgeführt worden[73]. Die Bundesländer Bayern[74], Brandenburg[75] und Hessen[76] haben deswegen zwischenzeitlich in ihren Ausführungsgesetzen zu § 15a EGZPO von einer obligatorischen Streitschlichtung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten abgesehen.

3.2 Streitbeilegung im Gerichtsverfahren nach § 278 ZPO

Die aktuelle Regelung in § 278 Abs. 1 ZPO verlangt vom Richter in jeder Lage des Verfahrens, auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits bedacht zu sein. Angelehnt an § 54 ArbGG sieht darüber hinaus § 278 Abs. 2 ZPO eine obligatorische Güteverhandlung[77] vor. Nach den vorliegenden Praxisberichten ist es allerdings nicht gelungen, diese Güteverhandlung im Zivilprozess mit Leben zu füllen.

Schließlich eröffnet § 278 V 1 und 2 ZPO dem Gericht die Möglichkeit, die Parteien für eine Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter zu verweisen bzw. den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorzuschlagen. Diese Regelung hat sich als Experimentierklausel erwiesen, wobei ganz unterschiedliche Resultate erzielt wurden. Ein engagierter Versuch zur Förderung der gerichtsnahen Mediation mit einer dafür eigens eingerichteten Stelle am Amts- und Landgericht Stuttgart ist praktisch gescheitert. Während der zweijährigen Projektdauer wurde in nur 37 Fällen eine Mediation angeregt, die in einem Drittel der Fälle erfolgreich verlief[78].

Viel größere Erfolge kann das Projekt der gerichtsnahen Mediation in Niedersachsen aufweisen, speziell auch am LG Göttingen. Nach einer nicht repräsentativen Aussage eines damals am LG Göttingen tätigen Richters hat dieser während des Projekts mehr als 1000 Mediationsverfahren mit einer Einigungsquote von rund 90 % bearbeitet. Auf Basis der justizstatistischen Datenerhebung nach der PEBB§Y-Methode betrug der Zeitaufwand für die Bearbeitung der Mediationsverfahren 100,92 Minuten, während im Vergleich dazu ein durchschnittliches land-

[71] *Stickelbrock*, JZ 2002, 633 (635).

[72] *Röhl/Weiß*, Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis, S. V; *Lauer*, NJW 2004, 1280; *Volkmann*, Mediation im Zivilprozess, S. 13.

[73] *Röhl/Weiß*, Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis, S. 66.

[74] BayGVBl 2005, 655.

[75] BbgGVBl 2006, 186.

[76] HessGVBl I 2005, 782.

[77] Dazu etwa *Foerste*, NJW 2001, 3103.

[78] *Volkmann*, Mediation im Zivilprozess, S. 15.

gerichtliches Verfahren 529,23 Minuten dauert[79]. Neben der hohen Erfolgsquote spricht auch der Effizienzgewinn für die gerichtsnahe Mediation.

Kennzeichnend für dieses Modell ist die Überweisung des Verfahrens vom zuständigen Spruchkörper an den gerichtsangehörigen Mediationsrichter, der aber nicht gesetzlicher Richter ist[80]. Allerdings ist diese erfolgreich praktizierte Gestaltung nur bei einer durchaus großherzigen Auslegung mancher prozessualen Vorschriften möglich. Bereits die dienstrechtliche Befugnis nach § 4 DRiG ist zweifelhaft. Dahinter steht die ungelöste Frage, zu welcher Art staatlicher Tätigkeit ein Güteverfahren gehört, denn als streitige Gerichtsbarkeit kann sie wohl nur schwer interpretiert werden. Auch eine analoge Anwendung von § 278 Abs. 5 Satz 1 und 2 ZPO erscheint geboten, aber bedenklich zu sein.

4 Ausblick

Der kleine Überblick hat zwar viel Schatten gezeigt, aber an einigen Stellen vielleicht auch etwas Licht gebracht. Ein auf geringfügige Sachen beschränktes Güteverfahren kann auf eine lange Tradition zurückblicken, doch bleiben seine Geltungsgründe nach wie vor fragwürdig. Offensichtlich ist auch der Fehler im Bauplan eines obligatorischen außergerichtlichen Verfahrens. In dem auf einseitige Prozesshandlungen der Parteien bzw. des Gerichts angelegten Verfahrensbau des deutschen Zivilprozesses bleibt der Rückgriff auf übereinstimmende Prozesshandlungen der Parteien, wie er in der obligatorischen Streitbeilegung angelegt ist, ein Fremdkörper. Ein Parteikonsens mag wie in § 38 ZPO eine positive prozessuale Voraussetzung schaffen. Für die negative Sachentscheidungsvoraussetzung des misslungenen Einigungsversuchs fehlt aber jeder funktional verstandene prozessuale Haltepunkt.

Aussichtsreich erscheint vor allem ein in das gerichtliche Verfahren integrierter Güteversuch. Ob dieses Güteverfahren richterlich geleitet sein muss, oder ob wegen der wettbewerbsrechtlichen Grenzen[81] eine anwaltliche Leitung erforderlich und ebenso erfolgreich sein kann, muss sich noch zeigen. Um diese Gestaltung mit Leben zu füllen, sind die rechtsstaatlichen Sicherungen zu befestigen und die Beteiligten mit entsprechenden Handlungskompetenzen auszustatten. Diese Aufgabe kann erfüllt werden.

---

[79] *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, Rz. 422 Fn. 500.

[80] *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, Rz. 12.

[81] *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, Rz. 33 ff.

Beweisbeschaffung vor Klageerhebung nach japanischem Recht

Kazuhiro Koshiyama

1 Bisherige Rechtslage

1.1 Vorbemerkungen[1]

Wenn sich eine Partei entscheidet, Klage auf Schadensersatz z.B. wegen des Kunstfehlers eines Arztes zu erheben, so stößt sie sofort auf große Schwierigkeiten. So können z.B. Fahrlässigkeit oder Kausalität oft nicht leicht bewiesen werden, wenn sich die Beweismittel im Bereich einer Gegenpartei befinden.

Falls die beweisbelastete Partei nützliche Beweise nicht beschaffen kann, so kann die Richtigkeit behaupteter Tatsachen nicht festgestellt werden. Im Zivilprozess muss man davon ausgehen, dass die Beschaffung von Informationen und Beweisen allein den eigenverantwortlichen Bemühungen der jeweiligen Parteien überlassen wird.

Die Schwierigkeit für die klagende Partei liegt auch darin, dass der Kläger im Rahmen der Verhandlungsmaxime bestimmte entscheidungserhebliche Tatsachen in der Klageschrift vortragen muss. Wenn das klägerische Vorbringen nicht schlüssig ist, wird die Klage sofort abgewiesen. Der sog. Ausforschungsbeweis ist

---

[1] Zum geschichtlichen Überblick des japanischen Zivilprozessrechts siehe Nakamura/Huber, Die japanische ZPO in deutscher Sprache, 2006, S. 3 ff; Kakiuchi, Reform des Zivilprozessrechts in Japan, ZZP Int 9 (2004)-, 267; Honma, Die Reform des Zivilprozessrechts in Japan, ZZP Int 1 (1996), 327.

auch nach japanischem Prozessrecht nicht zulässig. Anders als das System des sog. notice pleading im US-amerikanischen Recht stellt das japanische Recht, wie das deutsche Recht, bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung höhere Anforderungen an den Kläger. Deshalb muss sich der klägerische Rechtsanwalt vor der Klageeinreichung um die Beschaffung von Informationen bemühen.

Im Folgenden wird die bisherige Rechtslage über die Beweisbeschaffung vor der Klageeinreichung nur kurz dargestellt.[2]

1.2 Verfahren der Beweissicherung

Das Verfahren der Beweissicherung lässt eine vorausgehende Beweisaufnahme nur dann zu, wenn die Gefahr besteht, dass die Verwendung der Beweise vor Beginn der Beweisaufnahme im Gerichtsverfahren unmöglich oder schwierig wird (Art. 234 jZPO). Die Beweissicherung kann durch das zuständige Gericht angeordnet werden, wenn der Antragsteller einen konkreten Grund glaubhaft macht, dass das betreffende Beweismittel verlorengeht oder seine Benutzung erschwert wird (Art.153 Abs.3 Verordnung für Zivilprozess[3]). Nach dem Gesetzeswortlaut kann die Prozesspartei durch die Beweissicherung nur in begrenztem Umfang benötigte Beweise sammeln.

Dagegen ist die sog. beweisoffenbare Anwendung des Beweissicherungsverfahrens insbes. im Arzthaftungsprozess seit den 70er Jahren verbreitet[4]. Vor der Erhebung einer Klage auf Schadensersatz gegen den Arzt oder das Krankenhaus stellt der Patient sehr oft den Antrag auf Beweissicherung mit der Begründung, dass die Eröffnung des Verfahrens wegen befürchteter Vernichtung oder Fälschung der Krankenkarten erforderlich sei. In der Praxis ist dieser Grund oft nicht konkret glaubhaft zu machen. Das Gericht ordnet dann in der Regel den Beweis durch Augenschein sofort an. Damit kann der Patient, der die Erhebung der Schadensersatzklage vorbereitet, sehr leicht die Quelle von Informationen erreichen.

Die erweiterte Anwendung einer Beweissicherung als Offenlegung von Beweisen vor der Klageerhebung stößt allerdings auf heftige Kritik. Jedoch werden in der Praxis Anträge auf Beweissicherung für die Offenlegung der Krankenpapiere überwiegend als zulässig erachtet, selbst wenn der Grund dafür nur vage in der Antragsschrift aufgezeigt wird. Die Ärzte, die zur Offenlegung ihrer Akten gezwungen werden, haben i.d.R. durch die vorausgehende Offenlegung keinen überraschenden Nachteil. Den Ärzten obliegt im Grundsatz nach der Anhängigkeit eine Vorlagepflicht der Krankenkarte nach Art. 220 jZPO. Im Rahmen der anderen Klagearten wird dagegen diese erweiterte Anwendung der Beweissicherung grundsätzlich nicht zugelassen. Deshalb darf man diese Rechtspraxis in

---

[2] Hierzu eingehend Yoshida, Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess, 2001 (Diss. Regensburg), S. 121 ff.

[3] Der oberste Gerichtshof Japans kann die Verordnung für das Zivilverfahren erlassen (Art. 77 j Verfassung). Die Verordnung ergänzt die Vorschriften der ZPO.

[4] Yoshda, a.a.O., S.134 f.

Japan mit dem US-amerikanischen discovery-Verfahren (Rule 26-37 FRCP) nicht gleichstellen.

1.3 Materiellrechtliche Auskunftsansprüche[5]

Anders als im deutschen Recht finden sich im japanischen Recht nur wenige Auskunftsansprüche. Bemerkenswert sind nur gesellschaftsrechtliche Ansprüche von Aktionären auf Einsicht in die Geschäftsbücher und Unterlagen (z.B. Art. 371 Abs.2, Art. 318 Abs.4, Art. 433, Art. 442 GesellschaftsG i.d.F. vom 26.7.2005). Auch kennt das japanische Recht keine Stufenklage. Materiellrechtliche Auskunftsansprüche könnten durch Befriedigungsverfügungen rasch durchgesetzt werden.

Zu beachten ist, dass der Patient wegen der oben genannten weitergehenden Anwendung der Beweissicherung ohne die Durchsetzung eines materiellrechtlichen Auskunftsanspruchs die Krankenpapiere vom Krankenhaus zwangsweise erhalten kann. Ob in anderen Prozessarten eine angemessene Anwendung des materiellen Rechts zur Lösung der Fälle führen könnte, in denen Beweise in der Sphäre des Gegners liegen, ist nicht sicher, weil die Rechtsprechung im Bereich der Durchsetzung materiellrechtlicher Ansprüche noch nicht weit entwickelt ist.

2 Maßnahmen zur Beweisbeschaffung vor Klageerhebung im neuen Reformgesetz vom 9.7.2003[6]

2.1 Hintergrund

Wie oben dargestellt, sind nicht genügend gesetzliche Mittel zur Beschaffung von Informationen vor Klageerhebung vorhanden. Die Literatur ist sich darüber einig, dass eine umfassende Sachaufklärung auf einer frühen Stufe des Gerichtsverfahrens zur zügigen und sachgerechten Konfliktlösung führen kann. Ein Teil der Rechtsanwälte und Wissenschaftler plädierte für eine dem amerikanischen Recht entsprechende weitgehende Einführung des discovery-Verfahrens. Jedoch ist diese Meinung überwiegend abgelehnt worden. Der Gesetzgeber hat dagegen das neue Verfahren der Beweisbeschaffung vor Klageerhebung entwickelt und im Jahre 2003 in die ZPO eingefügt.

---

[5] Yoshida, a.a.O., S. 127 f.

[6] Hierzu eingehend Yoshida, Die Beweisbeschaffung vor Klageeinreichung nach der japanischen Zivilprozessordnung, ZZP Int 9 (2004) S. 293 ff. Gesetzestext in deutscher Sprache siehe Nakamura/Huber, a.a.O., S. 120-123.

2.2 Überblick

2.2.1 Voraussetzungen für die Eröffnung des Verfahrens

Wer als potentieller Kläger die Eröffnung des Verfahrens zur Beweisbeschaffung beantragen will, muss dem Gegner die Absicht der Klageerhebung schriftlich mitteilen (Art. 132a Abs.1, Art.132c Abs.1 jZPO). Der Schriftsatz muss eine Zusammenfassung der eigenen Forderungen enthalten und auf die wichtigsten Streitpunkte eingehen (Art.132a Abs.3 jZPO). Damit ist aber nicht der Klagegrund gemeint, der in der Klageschrift schlüssig darzulegen ist (Art.133 Abs.2 Nr.2 jZPO). Vielmehr genügt es, wenn die Gegenseite verstehen kann, welche Klage aus welchem Grund gegen sie erhoben werden soll. Binnen vier Monaten nach der Ankündigung kann der Antrag gestellt werden.

Auch kann die Gegenpartei genauso wie der potentielle Kläger einen Antrag auf das Verfahren zur Beweisbeschaffung stellen (Art. 132b Abs.1 jZPO). Voraussetzungen sind folgende: Wer die Vorankündigung von der klägerischen Seite erhält, soll diesbezüglich schriftlich eine zusammenfassende Erwiderung anfertigen. Damit ist die Klageerwiderung im eigentlichen Sinn allerdings auch nicht gleichzustellen.

2.2.2 Mögliche Maßnahmen

Die gesetzlich geregelten Maßnahmen zur Beweisbeschaffung unter Mitwirkung des Gerichts sind folgende:

a) Ersuchen um Übermittlung der Urkunde
b) Ersuchen um Untersuchung
c) Ersuchen um Stellungnahme durch einen Fachmann
d) Anweisung der Untersuchung der Lage durch den Gerichtsvollzieher

Darüber hinaus kennt die ZPO die Parteibefragung, die zwischen den Parteien unmittelbar, d.h. ohne Mitwirkung des Gerichts, erfolgt (unter 2.4).

2.3 Maßnahmen der Beweisbeschaffung vor Klageeinreichung[7]

2.3.1 Ersuchen um Übermittlung der Urkunde (Art. 132c Abs. 1 Nr. 1 jZPO)

Die ZPO regelt allerdings das Ersuchen um Übermittlung der Urkunde nach Klageerhebung (Art. 226 jZPO, vgl. § 432 dZPO). Das hier dargestellte Verfahren erstreckt diese Berechtigung auf die Zeit vor Klageeinreichung.

---

[7] Yoshida, ZZP Int 9, 304.

Das angerufene Gericht kann die Besitzer von Urkunden um ihre Übermittlung an das Gericht ersuchen. Im Arzthaftungsprozess können die Krankenkarten Gegenstand des Ersuchens sein. In der Praxis wird dagegen i.d.R. die vorausgehende Beweissicherung beantragt. Bei einem Schadensersatzbegehren wegen eines Verkehrsunfalls können etwa die von der Polizei erstellten Untersuchungsprotokolle, die im Grundsatz nicht veröffentlicht werden, übermittelt werden.

2.3.2 Ersuchen um Untersuchung (Art. 132c Abs. 1 Nr. 2 jZPO)[8]

Das Gericht kann Organisationen bzw. Körperschaften wie in- und ausländische Behörden, Hochschulen, Industrie- und Handelskammern oder Börsen beauftragen, bestimmte Vorgänge zu untersuchen (nach Klageerhebung Art. 186 jZPO, vgl. § 273 Abs. 2 Nr.2 dZPO). Dadurch können nach h.M. nur objektive Informationen gewonnen werden, über die ohne besondere Bemühungen Auskunft zu erteilen ist. Dies betrifft etwa die Entwicklung des Börsenkurses einer bestimmten Ware zum Verkaufszeitpunkt oder die Wetterlage an einem bestimmten Tag oder die Handelsgewohnheit in einem bestimmten Gebiet.

2.3.3 Ersuchen um Stellungnahme durch einen Fachmann (Art. 132c Abs.1 Nr. 3 jZPO)[9]

Das Gericht kann einen Fachmann ersuchen, seine auf Fachkenntnissen und fachlicher Erfahrung basierende Meinung schriftlich zu äußern. Dieses Verfahren ist nach dem Vorbild des deutschen selbständigen Beweisverfahrens (§ 485 Abs.1, Abs.2 ZPO) ausgebildet, so der Verfasser des Entwurfs.

Er weist auch darauf hin, dass durch dieses Verfahren z.B. Handschriften identifiziert werden können, falls die Echtheit von Urkunden bestritten wird. Außerdem könne das Vorliegen von Baumängeln festgestellt werden. Zu beachten ist, dass durch das Verfahren der Sachverständigenbeweis im späteren Prozess nicht ausgeschlossen wird, d.h. der Fachmann stellt keinen Sachverständigen im technischen Sinn dar.

2.3.4 Anweisung der Untersuchung der Lage durch den Gerichtsvollzieher (Art. 132c Abs. 1 Nr. 4 jZPO)[10]

Das Gericht kann den Gerichtsvollzieher anweisen, Untersuchungen etwa über die Eigenschaften, Besitzverhältnisse oder den Zustand eines Grundstücks vorzunehmen. Sein Vorbild stellt nach den Gesetzesmaterialien die französische constat[11] dar.

[8] Yoshida, ZZP Int 9, 304.

[9] Yoshida, ZZP Int 9, 305.

[10] Yoshida, ZZP Int 9, 305.

[11] Ein Feststellungsverfahren durch den Gerichtsvollzieher.

Der Verfasser des Entwurfs weist darauf hin, dass der Gerichtvollzieher angewiesen werden kann, z.B. bei Grenzstreitigkeiten die Grenzziehung oder bei Baustreitigkeiten die Lage von Gebäuden zu untersuchen. Der Gerichtsvollzieher kann den Gegenstand der Untersuchung nicht zwangsweise betreten. Erforderlich ist daher die freiwillige Kooperation des Besitzers.

2.4 Parteibefragung vor Klageeinreichung (Art. 132a, Art 132b jZPO)[12]

Charakteristisch ist die Parteibefragung ohne Mitwirkung des Gerichts. Die ankündigende und die erwidernde Partei können die jeweilige Gegenseite nach Einzelheiten befragen, deren Kenntnis zur Vorbereitung der Geltendmachung des Anspruchs oder Beweiserhebung nach Klageerhebung eindeutig erforderlich ist. Hierzu können beide Parteien von der Gegenseite eine schriftliche Antwort auf Fragen innerhalb einer angemessenen Frist verlangen. Die Parteibefragung wurde durch die ZPO i.d.F. vom 26.6.1996 zum ersten Mal zugelassen (Art.163 jZPO). Diese Möglichkeit wurde durch das Reformgesetz auf die Sachlage vor Klageeinreichung erweitert.

Der Verfasser des Entwurfs meinte, dass die schriftliche Parteibefragung typischerweise in dem Fall zu nutzen ist, in dem die Namen und die Anschriften der an die Operation beteiligten Ärzte und Krankenschwestern zur Vorbereitung des Beweisantrittes benötigt werden.

2.5 Verfahren für die Maßnahmen der Beweisbeschaffung[13]

(Im Folgenden wird nur der Gesetzeswortlaut wiedergegeben. Es wird nicht auf bestimmte Fragen eingegangen.)

2.5.1 Voraussetzungen (Art. 132c Abs. 1 jZPO)

Wesentliche Voraussetzungen für die Anordnung sind folgende:

- Das Ergebnis der Maßnahme muss zur Verwendung als Beweis im künftigen Prozess offenbar geeignet sein.
- Für den Antragsteller muss es schwierig sein, das Beweismittel selbst zu beschaffen.
- Die Maßnahmen dürfen nicht als unverhältnismäßig erachtet werden. Unverhältnismäßig sind sie nach dem Gesetzeswortlaut, wenn z.B. das Verfahren der Beschaffung zu lange dauert, oder wenn die Maßnahme dem Ersuchten eine relativ große Last auferlegt.
- Die Gegenseite ist anzuhören.

[12] Yoshida, ZZP Int 9, 301-303.
[13] Yoshida, ZZP Int 9, 306-308.

2.5.2 Zuständigkeit (Art. 132d jZPO)

Für das Ersuchen um Übermittlung der Urkunde ist das LG am allgemeinen Gerichtsstand des Antragstellers oder der Gegenseite bzw. das LG am Wohnsitz des Dokumentenbesitzers zuständig.

Das LG am allgemeinen Gerichtsstand des Antragstellers oder der Gegenseite bzw. das LG am Sitz der ersuchten Behörden ist für das Ersuchen um Untersuchung zuständig.

Für das Ersuchen um Stellungnahme ist das LG am allgemeinen Gerichtsstand des Antragstellers oder der Gegenseitezuständig. Im Falle des Ersuchens um Stellungnahme zu einer spezifischen Sache ist hingegen das LG am Ort, an dem sich die Sache befindet entscheidungsbefugt.

Für die Untersuchung der Lage ist das LG zuständig, das sich am Ort, der zu untersuchenden Sache befindet.

2.5.3 Kosten (Art. 132h jZPO)

Die Kosten trägt der Antragsteller.

2.5.4 Akteneinsicht (Art. 132f jZPO)

Wenn die Maßnahmen erfolgreich beendet sind, gibt das Gericht dies dem Antragsteller und dem Gegner bekannt (Art. 132e Abs.3 jZPO). Innerhalb der nächsten 30 Tage (Art. 132e Abs.4 jZPO) können sie die Prozeßakten einsehen und sich aus ihnen durch die Geschäftstelle Ausfertigungen, Abschriften oder Auszügen erteilen lassen. Auch können sie die Ausstellung von Bescheinigungen im Hinblick auf die erledigte Sache verlangen (Art.132f Abs.1 jZPO). Damit kann der Antragssteller nötige Beweismittel erhalten.

3 Abschließende Betrachtungen

3.1 Non-Sanction-Scheme im japanischen Zivilprozessrecht

Die Maßnahmen der Beweisbeschaffung können ohne Zwangsmittel durchgesetzt werden. Eine Vorlagepflicht des Besitzers einer Urkunde oder eine Duldungspflicht des Besitzers eines Grundstücks besteht nicht. Der Grund liegt m.E. darin, dass vor Klageeinreichung kein Prozessrechtsverhältnis begründet wird.

Auch sind keine Sanktionen für den Fall normiert, in dem die Gegenseite die Antwort auf die Befragung ohne angemessenen Grund verweigert. Das Gleiche gilt für die Parteibefragung nach Rechtshängigkeit (Art.163 jZPO).

Für ausländische Prozessualisten ist es sicherlich interessant, dass im Gesetz keine Sanktionen für den Fall geregelt sind, in dem die Beweis- oder Informations-

beschaffung vor Klageeinreichung wegen der Verweigerung der Mitwirkung der Gegenseite oder von Dritten gescheitert ist. Dieses sog. Non-Sanction-Scheme des neuen japanischen Zivilprozessrechts stellt eine bemerkenswerte Eigenschaft des Prozessrechts in Japan dar[14].

3.2 Das japanische Zivilprozessrecht auf eigenem Weg?

Allerdings ist die Einführung des Systems der umfassenden Sachaufklärung vor der Hauptverhandlung in Anlehnung an das US-amerikanische Recht nach wie vor erwägenswert. Mit dem discovery-Verfahren erfolgt die weitestgehende Sachaufklärung unter grundsätzlich alleiniger Verantwortung der Parteien. Zudem kennt das US-Recht zur Durchsetzung der Kompetenzen verschiedene Zwangsmaßnahmen.

Das deutsche selbständige Beweisverfahren ist dagegen nicht als ein System der Informationsbeschaffung, sondern als eine vorgezogene Beweisaufnahme ausgestaltet (§§ 485 Abs.1, 492, 493 ZPO). Der deutsche Gesetzgeber hat also entschieden, dass die Vorschriften über das Verfahren der Beweissicherung weiter ausgedehnt werden sollten.

Im Vergleich zum deutschen und dem amerikanischen Recht ergibt sich ohne weiteres folgende Eigenschaft des japanischen Rechts:

Das neue japanische Recht kennt wie das US-Recht zahlreiche Mittel zur Beweisbeschaffung. Die Interrogatories stellten offenbar das Vorbild der japanischen Parteibefragung dar. Jedoch enthält die japanische ZPO, wie oben ausgeführt, keine Druckmittel gegenüber der Informationsquelle einschließlich des Gegners. Der Gesetzgeber hätte m.E. vielleicht davon ausgehen sollen, dass ein Ersuchen im Namen des staatlichen Gerichts effektiver erfolgt als im Namen eines Rechtsanwalts oder der Privatpartei[15], selbst wenn keine Zwangsmaßnahmen vom Gericht angeordnet werden. Man könnte erwarten, dass die Ersuchten die vom Gericht getroffenen Maßnahmen freiwillig befolgen. Insoweit findet man darin eine stärker paternalistische Tendenz in der japanischen Gerichtspraxis. Auf dieses interessante Thema kann ich leider nicht mehr eingehen.

Bedenklich ist es auch, dass sich das Prozessgericht mit dem Gericht nicht immer deckt, welches die Maßnahmen der Beweisbeschaffung anordnet[16]. Deshalb bedarf es eines erneuten Beweisantrittes und einer erneuten Beweisaufnahme im späteren Prozess. Es ist auch zu beachten, dass das Gericht keine Frist zur Klageerhebung setzen kann (vgl. § 494a dZPO). Daraus ergibt sich, dass die Maßnahmen zur Beweisbeschaffung im japanischen Recht ausschließlich als Mittel zur Vorbereitung des Prozesses geschaffen wurden. Es wäre nach der Ansicht des

[14] Miki, Roles of Judges and Attorneys under the Non-Sanction-Scheme in Japanese Civil Procedure, 27 Hastings International and Comparative Law Review 31 (2003).

[15] Das japanische Recht lässt die Prozessführung ohne Vertretung des Rechtsanwalts im Grundsatz zu.

[16] Vgl. Yoshida, ZZP Int 9, 309.

Gesetzesverfassers zu erwarten, dass aus Anlass der Maßnahmen zur Beweisbeschaffung der betreffende Streit durch eine außergerichtliche Schlichtung kostengünstiger erledigt werden könnte.

Jedenfalls entwickelt sich die Diskussion über das effektive System der Beweisbeschaffung noch weiter. Ob eine inhaltsreiche und schnelle Führung einer mündlichen Verhandlung gewährleistet werden kann, hängt von der weitergehenden Beweis- oder Informationsbeschaffung vor Klageerhebung ab.

D. Rezeption und Reform im Verwaltungs(prozess)recht und Staatsrecht

Die Rezeption des Gleichheitssatzes und seine Weiterentwicklung unter dem Grundgesetz

Werner Heun

1 Der Ursprung: Gleichheit als Rechtsanwendungsgleichheit

Die Verfassungen in Deutschland verankern seit dem frühen 19. Jahrhundert kontinuierlich die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz[1]. Diese Gleichheit vor dem Gesetz, wie die Formulierung nach dem Vorbild des Art. 3 der französischen Menschenrechtserklärung von 1793[2] heißt, verlangt die gleiche Anwendung der Gesetze auf die Staatsbürger. Verhindert werden soll eine Privilegierung einzelner Stände, wie sie im Ancien Regime etwa gegenüber dem Adel und dem Klerus galt. Diese Rechtsanwendungsgleichheit findet nach der Paulskirchenverfassung auch Eingang in Art. 109 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung und selbst Art. 3 Abs. 1 GG übernimmt noch diese traditionelle Formulierung, erweitert lediglich den Gleichheitssatz auch auf Jedermann und begründet damit ein Menschenrecht. Diese Konzeption der Rechtsanwendungsgleichheit beruht auf der Vorstellung, daß das Gesetz selbst Ausdruck der allgemeinen Vernunft und Gerechtigkeit ist, die ihrerseits durch den Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes abgesichert wird[3]. Die Allgemeinheit des Gesetzes und Rechtsanwendungsgleichheit bedingen

[1] Vgl. *Werner Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.) , GG-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rn. 5 mit Nachweisen in Fn. 30.

[2] Abgedruckt in: G. Franz (Hrsg.), Staatsverfassungen, 1975, S. 372 ff.

[3] Vgl. *Hasso Hofmann*, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: C. Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, S. 8 ff. (20 ff.).

sich gegenseitig und sichern im Verbund die Durchsetzung der Gleichheit im Recht.

2 Neue Lehre in der Weimarer Republik: materielle Bindung auch des Gesetzgebers nach dem Vorbild der USA

In der Weimarer Republik kommt dann der Gedanke auf, daß der Gleichheitssatz nicht bloß eine formale Rechtsanwendungsgleichheit beinhaltet, sondern auch gegenüber dem Gesetzgeber eine materielle Bindungskraft entfaltet. Die These, daß Art. 109 Abs. 1 WRV auch eine Rechtsetzungsgleichheit beinhalte, wird vor allem prominent von *Triepel*[4] und *Leibholz*[5] propagiert. Die Abkehr von einer bloßen formalen Rechtsanwendungsgleichheit ist freilich begründungsbedürftig. Die Rechtsetzungsgleichheit wird daher aus der Idee abgeleitet, daß auch der Gesetzgeber an die Grundsätze materieller Gerechtigkeit gebunden sei.

Die einfache Gegenüberstellung von Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsetzungsgleichheit verdeckt allerdings, daß mit der Behauptung einer verfassungsrechtlichen Verankerung der Rechtsetzungsgleichheit drei ganz verschiedene Elemente und Konsequenzen verbunden sind. Erstens wird mit der Rechtsetzungsgleichheit der Adressatenkreis der Bindung an den Gleichheitssatz auf den Gesetzgeber erweitert, während die Rechtsanwendungsgleichheit bisher vor allem die Verwaltung, aber auch die Rechtsprechung erfaßte. Mit der Erweiterung des Adressatenkreises auf den Gesetzgeber ist aber zweitens notwendigerweise eine inhaltliche Änderung verbunden. Die Rechtsanwendungsgleichheit kann inhaltlich den Gesetzgeber in keiner Weise besonderen Bindungen unterwerfen, da der Gesetzgeber das Gesetz erläßt und nicht anwendet. Die bloße Behauptung der Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz würde daher ohne inhaltliche Änderungen ins Leere laufen. Der Gleichheitssatz wird deshalb inhaltlich in ein Willkürverbot umgedeutet. Oder anders formuliert: Die formale Regel gleicher Anwendung wird inhaltlich um ein materielles Willkürverbot, das als Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens gilt, erweitert. Allein damit ist aber auch noch nicht viel gewonnen. Ohne eine entsprechende Durchsetzung dieser Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz ist die Rechtsetzungsgleichheit praktisch wirkungslos. Deswegen wird die These der materiellen Bindung des Gesetzgebers an das Willkürverbot drittens mit dem Gedanken einer gerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers verknüpft. Dieser letzte Schritt ist zugleich der problematischste, da die Kontrolle des Gesetzgebers durch die Gerichte zugleich eine Frage der Kompetenzverteilung und damit der Gewaltenteilung darstellt. Zu Recht hat damals *Thoma* darauf hingewiesen, daß allein die Behauptung einer Bindung des Gesetzgebers noch nicht die Kompetenz der Gerichte zur Gesetzgebungskontrolle

[4] *Heinrich Triepel*, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, 1924, S. 30.
[5] *Gerhard Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925, 2. Aufl. 1959, S. 30 ff.

begründe[6]. Gleichwohl ist damals bereits die Konsequenz gezogen worden, daß die Rechtsetzungsgleichheit auch von den Gerichten überprüft werden können muß, weil ansonsten die Bindung des Gesetzgebers leerläuft.

Da diese These mit ihren drei miteinander eng verknüpften Elementen in der deutschen Verfassungsgeschichte kein Vorbild besaß, haben damals die Proponenten einer Rechtsetzungsgleichheit wie *Triepel* und *Leibholz* sich konsequent an dem Vorbild der Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten orientiert[7], die bereits alle drei Elemente entwickelt und der sog. *equal protection clause* ein materielles Willkürverbot entnommen hatte, das den Gesetzgeber band und von den Gerichten überprüft werden konnte.

3 Entwicklung des Gleichheitssatzes in den USA: Herausbildung eines materiellen Willkürverbots

In den Vereinigten Staaten ist der Gedanke der Rechtsetzungsgleichheit auch noch nicht von Anfang an im Verfassungstext angelegt, sondern erst allmählich vom Supreme Court entwickelt worden[8]. Weder die Verfassung von 1787 noch die ersten zehn Amendments, die als Bill of Rights schon 1791 die Verfassung um einen Grundrechtskatalog ergänzten, enthielten irgend eine Form des Gleichheitssatzes, obwohl die Unabhängigkeitserklärung von 1776 die Gleichheitsidee wirkungsmächtig in dem Satz formuliert hatte, „*that all man are created equal*“[9]. Dies beruhte darauf, daß die Bundesverfassung Rücksicht auf die Institution der Sklaverei in den Südstaaten nehmen mußte. Dementsprechend hat erst das 14. Amendment von 1868 nach dem Bürgerkrieg die *Equal Protection Clause* in der Verfassung verankert. Freilich richtete sich dieses Amendment zunächst speziell gegen die Rassendiskriminierung und war einzig und allein an die Einzelstaaten gerichtet. Nur die Einzelstaaten, nicht der Bund sind explizit an die *Equal Protection Clause* des 14. Amendment gebunden. Selbst diese Bindung wurde freilich zunächst faktisch und auch mit Zustimmung des Supreme Courts unterlaufen, indem die *separate but equal doctrine* die völlige Trennung der Lebensbereiche der Schwarzen und Weißen sanktionierte und den Südstaaten eine Fortsetzung der Diskriminierungspolitik bei formaler Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes erlaubte[10].

Bereits Ende des 19. Jahrhunderts erlangte die *Equal Protection Clause* allerdings zunehmend die Bedeutung eines allgemeinen Gleichheitssatzes dadurch, daß der Gleichheitsgedanke von der ursprünglichen Verbindung mit der Rassenfrage ganz

---

[6] *Richard Thoma*, Grundbegriffe und Grundsätze, HDStR II, 1930, S. 108 ff. (151 ff.).

[7] Vgl. *Leibholz*, Gleichheit (Fn. 5), S. 79 ff.

[8] Vgl. im einzelnen *Werner Heun*, Equal Protection im amerikanischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2002, S. 319 ff. m.w.N.

[9] Zit. nach *Thomas Jefferson*, Writings (ed. M. Peterson), 1984, S. 19.

[10] *Plessey v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896); zu Entstehung und Hintergrund s. *Heun*, Protection (Fn. 8), S. 319, Fn. 16.

gelöst wurde. Vielmehr entwickelte der Supreme Court ein Verständnis des Gleichheitssatzes als materielles Willkürverbot, das Gesetzgebung und Verwaltung gleichermaßen erfaßte. Zudem überwand der Supreme Court die Beschränkung der *Equal Protection Clause* im 14. Amendment auf die Einzelstaaten dadurch, daß der Gleichheitssatz im Sinne eines allgemeinen Willkürverbotes auch der *Due Process Clause* des 5. Amendments entnommen wurde, die nicht auf die Einzelstaaten begrenzte Wirkung entfaltet. Damit erreichte der Supreme Court, daß auch der Bund in seiner Gesetzgebung an die Grundsätze des materiellen Willkürverbotes gebunden wurde[11].

In der sog. Lochner-Ära, die von ca. 1887 bis 1937 reicht und nach einer berühmten Entscheidung im Jahre 1905 benannt ist[12], dient gerade dieses Verständnis des Gleichheitssatzes als Willkürverbot in Verbindung mit der *Due Process Clause* als Instrument der Kontrolle der Sozial- und Wirtschaftsgesetzgebung. Durch eine rigorose Anwendung gegenüber dem Gesetzgeber wird die freie und ungebändigte Marktwirtschaft gegenüber allen Interventionen durch eine sozialstaatliche Sozial- und Wirtschaftsgesetzgebung immunisiert. Der strikte Kontrollmaßstab des Gleichheitssatzes in der Rechtsprechung des Supreme Court der Lochner Ära wird in der Formulierung einer Entscheidung aus dem Jahre 1920 deutlich: „*The classification must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation, so that all persons similary circumstanced shall be treated alike*“[13].

4 Übernahme in das Grundgesetz

Dieser strikte Kontrollmaßstab lag der Übernahme der Rechtsetzungsgleichheit in das System der Weimarer Reichsverfassung durch *Triepel* und *Leibholz* zugrunde. So werden auch die damaligen Formulierungen des Supreme Court in den maßgebenden Arbeiten zitiert[14]. Diese Konzeption, die in der Weimarer Republik unter dem Einfluß der Rechtsprechung des Supreme Court entwickelt wurde, ist dann in vollem Umfang unter dem Grundgesetz übernommen worden, ohne daß sich dagegen nach 1949 wesentliche Einwände gerichtet hätten.

Anders als in der Weimarer Republik war die Neukonzeption des Gleichheitssatzes im Grunde von Anfang an nicht kontrovers, sondern fast einhellig akzeptiert worden[15]. Drei Gründe sind im wesentlichen dafür ausschlaggebend gewesen. Erstens hat Art. 1 Abs. 3 GG explizit die Bindung des Gesetzgebers in

---

[11] *Bolling v. Sharpe*, 347 U. S. 497 (1954).

[12] *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905); vgl. zu dieser Epoche hier nur *Bernhard Schwartz*, History of the Supreme Court, 1993, S. 190 ff.

[13] *Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U. S. 412, 415 (1920).

[14] *Leibholz*, Gleichheit (Fn. 5), S. 79 f.

[15] Als vereinzelte Gegenstimme vgl. aber *Karl-August Bettermann*, Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, Der Staat 1 (1962), S. 79 ff.

der Verfassung verankert. Die Frage, ob der Gesetzgeber an die Grundrechte im allgemeinen gebunden sei, war damit außer Streit gestellt. Insofern war die Begründunglast gegenüber der Weimarer Republik umgekehrt: Nicht die Bindung des Gesetzgebers mußte begründet werden, sondern allenfalls wäre die Bindung des Gesetzgebers durch eine aufwendige rechtliche Argumentation zu erschüttern gewesen. Dies ist freilich nie versucht worden. Bei Art. 3 Abs. 1 GG, dem allgemeinen Gleichheitssatz, hätte man lediglich in diesem Zusammenhang darauf abstellen können, daß die Formulierung des Art. 3 Abs. 1 GG eben inhaltlich eine Rechtsanwendungsgleichheit enthielt, die gegenüber dem Gesetzgeber leerlaufen müßte. Angesichts der eingehenden Debatten der Weimarer Zeit, die die inhaltliche Ausgestaltung des Gleichheitssatzes als Willkürverbot im rechtlichen Diskurs verankert hatten, wurde dies jedoch überhaupt nicht ins Auge gefaßt. Vielmehr war die Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes als Willkürverbot im Grunde von Anfang an selbstverständlich und bedurfte keiner weiteren Diskussion.

Vor allem war jedoch die Kompetenzfrage durch Art. 93 GG explizit geklärt. Durch die Schaffung des Bundesverfassungsgerichtes und die Begründung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Verfahren nach Art. 93 GG stand völlig außer Streit, daß das Bundesverfassungsgericht zur Kontrolle des Gesetzgebers befugt war. Auch der Schritt von der inhaltlichen Bindung des Gesetzgebers zur gerichtlichen Durchsetzung dieser Bindung bedurfte daher keiner aufwendigen Begründung, sondern ergab sich unmittelbar aus dem Verfassungstext selbst.

Schließlich kam drittens noch ein biographisches Element hinzu. *Gerhard Leibholz* wurde schon 1951 zum Richter am Bundesverfassungsgericht berufen und konnte in dem betreffenden zweiten Senat seine Auffassung von dem Gleichheitssatz als materiellem Willkürverbot unter Anknüpfung an seine These der Weimarer Zeit in der Rechtsprechung direkt umsetzen[16]. Da auch der Rechtspositivismus in all seinen Schattierungen nach 1949 als diskreditiert galt, waren die von den Positivisten vorgebrachten Gegenargumente gegen eine gerichtliche Kontrolle eines materiellen Willkürverbotes sachlich ohne Anhänger und Verteidiger. Auch dies erklärt die unangefochtene Geltung der neuen Interpretation unter der Herrschaft des Grundgesetzes.

5 Weiterentwicklung der Gleichheitsdogmatik in den USA nach 1945: die drei Prüfungsmaßstäbe

Die Übernahme der Konzeption des Supreme Court, wie sie sich in den 20er Jahren darstellte, läßt leicht übersehen, daß die damalige Konzeption in der Nach-Lochner-Ära ständig weiterentwickelt worden ist und sich teilweise von der ur-

[16] Vgl. *Manfred H. Wiegandt*, Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901-1982), 1995, S. 64 ff., 146.

sprünglichen Konzeption entfernt hat. Zwei wesentliche Gründe haben eine Weiterentwicklung der herkömmlichen Gleichheitsdoktrin nach sich gezogen. Zum einen hat der Supreme Court mit seiner Entscheidung *Brown v. Board of Education* im Jahre 1954 die *separate but equal doctrin* aufgegeben[17]. Dadurch ist das Problem der Rassendiskriminierung ein wesentliches Element der Rechtsprechung des Supreme Courts zum Gleichheitssatz geworden. Zum anderen hat sich auch im Gefolge dieser Neukonzeption immer deutlicher die Notwendigkeit einer Typisierung, einer *Classification* in der amerikanischen Terminologie, ergeben, die ihrerseits eine Neustrukturierung des Gleichheitssatzes zur Konsequenz haben mußte.

Ausgehend von dieser Typisierung, die eine *Classification* von Personen verlangt, hat der Supreme Court ein System von drei unterschiedlichen, gestuften Prüfungsmaßstäben mit unterschiedlicher Kontrolldichte entwickelt, das der heutigen Gleichheitsprüfung zugrunde gelegt wird[18]. Danach gilt grundsätzlich ein weiter Prüfungsmaßstab, der weitgehend dem deutschen Willkürmaßstab entspricht und als *rational basis test* bezeichnet wird. Er ist Ausdruck der verminderten Kontrolldichte gegenüber der Sozial- und Wirtschaftsgesetzgebung der Nach-Lochner-Ära. Der sog. *test of reasonable classification* verlangt, daß die Klassifizierung nicht auf unzulässigen oder willkürlichen Kriterien beruht, sondern auf Merkmalen basiert, die für den verfolgten Gesetzeszweck relevant sind. Auch muß der Gesetzeszweck selbst akzeptabel und verfassungsmäßig sein. Zwischen der *Classification* und dem legitimen öffentlichen Interesse muß lediglich eine rationale Beziehung bestehen. Dieser weite Prüfungsmaßstab führt in aller Regel zur Aufrechterhaltung des Gesetzes und ist Ausdruck der heutigen generellen Zurückhaltung des Gerichts gegenüber der gesetzgeberischen Abwägung der beteiligten Interessen.

Daneben wird vom Supreme Court aber zweitens ein wesentlich strengerer Prüfungsmaßstab angelegt, wenn es sich um sog. verdächtige Klassifizierungen handelt oder wenn fundamentale Interessen betroffen sind. In diesen Fällen greift der Willkürmaßstab nicht. Vielmehr unterzieht dieser *strict scrutiny test* die Beziehung zwischen Gruppenbildung und Gesetzeszweck einer eingehenden strengen Prüfung. Die *suspect classifications* bedürfen einer doppelten Rechtfertigung, nämlich erstens des Nachweises eines dringenden oder überragenden Gemeinwohlinteresses und zweitens einer Darlegung, daß die Differenzierung notwendig und eng auf den verfolgten Zweck zugeschnitten ist. Im Gegensatz zum *rational basis test* führt der *strict scrutiny test* in der Regel zur Verfassungswidrigkeit der Norm. Der Gegensatz der beiden Prüfungsmaßstäbe wird in aller Schärfe darin zum Ausdruck gebracht, daß der strenge Maßstab *strict in theory and fatal in fact* ist, während

---

[17] *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

[18] Vgl. grundlegend *J. Tussmann/J. ten Brock*, The Equal Protection of the Laws, California Law Review 37 (1949), S. 341 ff.; *John E. Nowak/Ronald D. Rotunda*, Constitutional Law, 6. ed. 2000, S. 634 ff.; *Heun*, Protection (Fn. 8), S. 320 ff. jeweils m.w.N.; auf Einzelnachweise wird daher im folgenden verzichtet.

die Rationalitätskontrolle *minimal scrutiny in theory and virtually none in fact* bedeutet[19]. Verdächtige Klassifizierungen im Sinne dieses Prüfungsmaßstabes sind Differenzierungen nach rassischen Merkmalen sowie nach nationaler Herkunft, was dem ursprünglichen Zweck des 14. Amendments entspricht. Im übrigen greift der Supreme Court auch auf den strengen Prüfungsmaßstab zurück, wenn zwar keine *suspect classifications* vorliegen, aber *fundamental rights* oder *fundamental interests* betroffen sind. Dieser Ansatz erklärt sich auch daraus, daß die Einschränkung derartiger Freiheitsrechte ohnehin dem strengen Prüfungsmaßstab unterliegt. Außerdem findet diese Vorgehensweise eine weitere Parallele in dem Kontrollkriterium des Bundesverfassungsgerichts, wonach die Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung mit der Intensität des Eingriffs in ein zugleich betroffenes Freiheitsrecht steigen[20].

Nachdem sich der Supreme Court lange auf diese zweigeteilten alternativen Prüfungsmaßstäbe beschränkt hat, hat er seit den 70er Jahren jedoch einen weiteren mittleren Prüfungsmaßstab, den sog. *intermediate level of scrutiny* entwickelt. Bei diesem *intermediate standard* bedarf die Differenzierung einer *substantial relationship to an important government interest*, um die Verfassungsmäßigkeitskontrolle zu passieren. Ausgangspunkt dieses mittleren Prüfungsmaßstabes war das Problem der Frauendiskriminierung. Dieser Prüfungsmaßstab findet außerdem Anwendung bei Anknüpfungen an die eheliche Abstammung sowie an die Ausländereigenschaft. Dagegen sind Alter, geistige Behinderung und sexuelle Orientierung Differenzierungsmerkmale, die nur einen *rational basis test* auslösen.

Das System unterschiedlicher Prüfungsmaßstäbe hat in den 70er Jahren auch erstmals die Frage aufgeworfen, welcher Prüfungsmaßstab im Falle begünstigender Klassifizierung – besser bekannt als *affirmative action* – Anwendung finden soll. Unter *affirmative action* oder auch *benign classification* werden Maßnahmen verstanden, die vornehmlich rassische Minderheiten nicht diskriminieren, sondern offen begünstigen, indem ihnen beispielsweise bevorzugt Zugang zu Universitäten oder ein bestimmter Anteil öffentlicher Aufträge gewährt wird. Die Verfassungsmäßigkeit der *affirmative action* wird in der Literatur höchst kontrovers diskutiert. Der Supreme Court hat hier eine schwankende Linie verfolgt und neigt nach einer Phase vorsichtiger Zustimmung inzwischen immer mehr zu einer Ablehnung derartiger Begünstigungen. Dabei folgt der Supreme Court inzwischen bei der Frage des anwendbaren Prüfungsmaßstabs denselben Prinzipien bei Begünstigungen wie bei Benachteiligungen, so daß Begünstigungen aufgrund von Rassenmerkmalen dem *strict scrutiny test*, Begünstigungen von Frauen dagegen dem *intermediate level of scrutiny* unterworfen werden.

[19] *Gerald Gunther*, The Supreme Court 1971 Term, Harvard Law Review 86 (1972), S. 1 ff. (8).

[20] BVerfGE 88, 87 (96); s. a. *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 31 m.w.N.

6 Die Entwicklung der Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur

6.1 Der Ausgangspunkt: Das Willkürverbot

Die Dogmatik des Gleichheitssatzes in Deutschland hat sich weitgehend unabhängig von der Entwicklung der Rechtsprechung des Supreme Court entfaltet. Allerdings hat immer wieder eine Rückkoppelung mit der Diskussion in den Vereinigten Staaten stattgefunden und vereinzelt hat sich auch die Argumentation zu spezifischen Fragen des Gleichheitssatzes an den Vorbildern in den USA orientiert. Das gilt etwa insbesondere für die Frage der Beurteilung der *affirmative action*.

Ausgangspunkt ist freilich zunächst die bald zur ständigen Rechtsprechung erstarkte Konzeption des materiellen Willkürverbotes, wie sie sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herausgebildet hat. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt Art. 3 Abs. 1 GG das Gebot, Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln[21]. Das wird auch in die Formel gefaßt, die Norm gebiete weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln[22]. Als willkürlich gilt eine Maßnahme, wenn sie nicht am Gerechtigkeitsgedanken orientiert ist[23]. Willkürlich ist eine Maßnahme danach, wenn sich für sie keine vernünftigen Erwägungen finden lassen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder sonstwie einleuchtend sind, wobei es jeweils auf die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs ankommt. Darüber hinaus wird Willkür in einem objektiven Sinn als eine Maßnahme verstanden, welche im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist[24].

Dieses Verständnis geht auf *Leibholz* zurück und stimmt weitgehend überein mit dem amerikanischen Verständnis, wie es sich in der Auffassung von *Leibholz* gespiegelt hat. Diese Auffassung war auch lange unangefochten, obgleich gelegentlich die leerformelhafte Ungenauigkeit des Willkürverbots kritisiert, sowie der weite Bereich subjektiver Wertungen, die dem Bundesverfassungsgericht große Entscheidungsspielräume lassen, gerügt wurde[25].

Auch wenn die Parallelen dieses Maßstabes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes stark dem Maßstab des *rational basis tests* entsprechen, bleibt doch festzuhalten, daß die ursprüngliche Übernahme des Kontrollmaßstabs des Supreme Court in den 20er Jahren gerade ein strikterer Prüfungsmaßstab war,

---

[21] BVerfGE 3, 58 (135 f.).
[22] BVerfGE 4, 144 (155).
[23] BVerfGE 3, 58 (135 f.).
[24] BVerfGE 80, 48 (51); s. *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 19 m.w.N.
[25] S. *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 20 m.w.N.

der zur weitgehenden Verfassungswidrigkeitserklärung aller Sozial- und Wirtschaftsgesetzgebung des *New Deal* bis 1937 geführt hat. Die Zurücknahme des Kontrollmaßstabes durch den Supreme Court ist ja gerade erst nach der Rezeption des Gleichheitssatzes durch *Triepel* und *Leibholz* erfolgt. Dies ist auch gelegentlich bei Erörterungen der Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts spürbar.

6.2 Fortentwicklungen

Fortentwicklungen in der Dogmatik des Gleichheitssatzes haben sich weitgehend autonom von der Entwicklung in den Vereinigten Staaten vor allem auf vier Feldern ergeben, in denen sich einerseits unterschiedliche rechtliche Traditionen spiegeln und andererseits ein unterschiedlicher dogmatischer Umgang mit ganz ähnlichen Problemen zeigt.

Dogmatische Strukturierungen und Formalisierungen: Die Ungleichbehandlung und ihre Rechtfertigung

Anders als das amerikanische *case law* mit seinen Präzedentien ist das deutsche Recht stärker durch eine dogmatische Strukturierung und Formalisierung der Argumentation gekennzeichnet. Diese andersartige Rechtstradition strahlt auch auf die Dogmatik des Gleichheitssatzes aus. Dementsprechend hat sich mit der Zeit eine Strukturierung der Gleichheitsprüfung herausgebildet, die überwiegend zweistufig vorgeht[26]. Vereinzelt wird zwar auch eine stärkere Parallelisierung mit der Prüfung der Freiheitsgrundrechte angestrebt, deren Prüfung dreistufig aufgebaut ist, überwiegend wird aber weiterhin zu Recht an einer zweistufigen Strukturierung festgehalten. Danach bedarf es zunächst der Feststellung einer Ungleichbehandlung und in einem zweiten Schritt der Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung.

Die Feststellung der Ungleichbehandlung erfolgt ihrerseits wiederum in zwei Teilschritten. Erstens bedarf es der Feststellung der Gleichheit bzw. Vergleichbarkeit mehrer – ansonsten liegt Identität vor – Personen, Gruppen oder Sachverhalte, die verschieden behandelt werden. Eine Gleichheitsaussage läßt sich immer nur in Bezug auf bestimmte gemeinsame Merkmale treffen, indem ein gemeinsamer Oberbegriff, das *tertium comparationis* gesucht wird, unter dem die verschieden behandelten Personen oder Sachverhalte vollständig und abschließend fallen. Zweitens wird die Ungleichbehandlung der unter dem gemeinsamen Oberbegriff subsumierbaren Personen oder Sachverhalte aufgrund eines Unterscheidungsmerkmals oder Differenzierungskriteriums festgestellt. Dabei ist es wichtig festzuhalten, daß bereits die Gruppenbildung, nämlich sowohl die Festlegung des gemeinsamen Oberbegriffs als auch die des Differenzierungskriteriums, Wertungen enthält, und keineswegs als bloße Frage der Logik gelten kann, da sie

[26] Vgl. näher *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 23 ff.

im Hinblick auf die verfolgten Ziele sachgerecht vorgenommen werden muß. Auch die Frage, ob etwas wesentlich gleich ist, ist außerordentlich stark wertbezogen, weil es insoweit eines Maßstabes bedarf. Sachlich gehört diese Frage daher auch schon eher in den Bereich der Rechtfertigung.

Diese Rechtfertigung bildet die eigentlich zentrale Frage des Gleichheitsverstoßes, da die Feststellung einer Ungleichbehandlung noch kein verfassungsrechtliches Unwerturteil enthält. Auch im Sinne des klassischen Willkürverbotes bedarf die Ungleichbehandlung eines zureichenden Grundes, der nur ein sachlicher Grund sein kann. Das Element der Sachlichkeit impliziert einen engen Bezug zu der jeweiligen Eigenart des betroffenen Sachbereichs. Dementsprechend kann die Rechtfertigung je nach Gebiet variiert werden. Daraus folgt z. B., daß ganz ähnlich wie in der amerikanischen Rechtsprechung im Bereich der Wirtschaftsgesetzgebung dem Gesetzgeber ein größerer Entscheidungsspielraum eingeräumt wird als in Fällen, in denen persönliche Freiheitsrechte mit hoher Bedeutung für die Selbstbestimmung berührt sind.

In dieser Konstellation des Gleichheitssatzes wird Art. 3 Abs. 1 GG ein Gebot zu schematischer Gleichbehandlung entnommen. Jede Abweichung, Klassifizierung und Typisierung enthält dementsprechend eine Ungleichbehandlung, die grundsätzlich der Rechtfertigung bedarf. Der Anwendungsbereich des Gleichheitsgebots ist insofern universal. Andererseits sind die Anforderungen an eine Rechtfertigung in Form eines sachlichen Grundes nicht sehr hoch. Eine andere, neue Auffassung will demgegenüber von vornherein auf eine gerechte, maßstabsgebundene Gleichbehandlung abstellen und weist damit konstruktiv die Erörterung der wesentlichen Gleichheit ebenfalls dem Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG zu[27]. Dieser Ansatz ist freilich noch mit bestimmten Annahmen verbunden, die nicht allgemein geteilt werden. Das herkömmliche Verständnis eines Gebots zu schematischer Gleichbehandlung erscheint daher nach wie vor vorzugswürdig.

Funktionell-rechtliche Einschränkungen der Reichweite des Gleichheitssatzes: Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß in den Vereinigten Staaten der Supreme Court im Jahre 1937 eine Wende hin zu einer generellen Zurückhaltung gegenüber der Sozial- und Wirtschaftsgesetzgebung vollzogen hat. Insofern ist der *rational basis test* letztlich Ausdruck eines *judicial self-restraint* und einer *deference* gegenüber dem Gesetzgeber. Die Frage einer Abgrenzung der Kompetenzen stellt sich in Deutschland nicht weniger als in den Vereinigten Staaten. Sie wird in der juristischen Argumentation in Deutschland auch insofern expliziter thematisiert, als die Beschränkung der Kontrollkompetenzen des Verfassungsgerichtes mit einer offen funktionell-rechtlichen Methode und Interpretation erreicht wird[28]. Ausgangspunkt

[27] *Stefan Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 225 ff., 351 ff.

[28] S. *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 47 m.w.N.

ist dabei, daß sich sowohl in formaler Hinsicht als auch im Hinblick auf die Fundierung des Gleichheitssatzes in der Idee materieller Gerechtigkeit aus dem Gleichheitssatz selbst keine Grenzen der Kontrollkompetenz und des Prüfungsmaßstabs herleiten lassen. Das gilt sowohl gegenüber dem Gesetzgeber als auch gegenüber den Fachgerichten.

Im Verhältnis zu den Fachgerichten hat eine Interpretation des Gleichheitssatzes als formales Gleichbehandlungsgebot die Konsequenz, daß im Grunde jede rechtswidrige Entscheidung zugleich einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz enthält[29]. Die rechtswidrige Anwendung einer Norm bedeutet, daß in diesem Fall die Person oder Gruppe, die einer rechtswidrigen Maßnahme unterworfen wird, im Verhältnis zu denjenigen Personen oder Gruppen, die rechtmäßig behandelt werden, ungleich behandelt wird und diese Ungleichbehandlung sich nicht sachlich rechtfertigen läßt, da sie rechtswidrig ist. Streng genommen eröffnet daher der Gleichheitssatz dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, jede rechtswidrige Entscheidung der Fachgerichte zu kontrollieren und, soweit sie im Wege der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, aufzuheben. Die Verfassungskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht würde auf diese Weise zur einfachen Rechtskontrolle aller anderen Gerichte mutieren. Eine derartige umfassende Kontrollkompetenz müßte das Bundesverfassungsgericht mit seinen zwei Senaten allerdings hoffnungslos überfordern. Das Bundesverfassungsgericht hat sich deswegen frühzeitig darauf zurück gezogen, daß es kein Superrevisionsgericht sei und sich deswegen auf die Prüfung einer Verletzung spezifischen Verfassungsrechts begrenze[30]. Damit begrenzt es seine Prüfungskompetenz grundsätzlich mit einer funktionell-rechtlichen Argumentation, behält sich aber im Einzelfall gleichwohl einen Zugriff auf schlicht rechtswidrige Entscheidungen vor, die als objektiv willkürlich für verfassungswidrig erklärt werden[31]. In dieser Hinsicht konnte das Bundesverfassungsgericht in keiner Weise auf die Rechtsprechung des Supreme Court zurückgreifen, da der Supreme Court sehr wohl generelles Superrevisionsgericht ist und seine Begrenzung der Kontrollkompetenzen durch das freie Annahmeverfahren erreicht und nicht durch eine Begrenzung des Prüfungsmaßstabes.

Demgegenüber stellt sich das Problem des Verhältnisses zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber in den Vereinigten Staaten und in Deutschland in exakt derselben Weise. Von Anfang an hat deswegen das Bundesverfassungsgericht seine Kontrollkompetenz gegenüber dem Gesetzgeber zurückgenommen. Es prüft deshalb nicht, ob der Gesetzgeber die jeweils richtigste und

---

[29] *Klaus Rennert*, Die Verfassungswidrigkeit „falscher" Gerichtsentscheidungen, NJW 1991, S. 12 ff.; *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 46.

[30] Vgl. hier nur *Klaus Schlaich/Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rn. 283 ff.

[31] Vgl. *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 30), Rn. 299 f. m.w.N.; vgl. als eklatantes Beispiel die kaufrechtliche Entscheidung durch BVerfG, (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 26.9.2006 – 1 BvR 2389/04, BeckRS 2006, Nr. 26166.

zweckmäßigste Entscheidung getroffen hat[32], da sich bei einem derartigen Kontrollmaßstab das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis jeweils an die Stelle des Gesetzgebers setzen würde. Die mit einer umfassenden Kontrolle verbundene Machtverschiebung auf die Verfassungsgerichtsbarkeit wäre weder mit der Funktion und Struktur der Rechtsprechung noch mit dem Gedanken der Gewaltenbalance vereinbar. Aus verfassungssystematischen Gründen muß daher der Gehalt des Gleichheitssatzes funktionell-rechtlich eingeschränkt werden[33]. Als wichtigste Konsequenzen aus dieser funktionell-rechtlichen Einschränkung ergibt sich zum einen eine generelle Typisierungskompetenz des Gesetzgebers, der ja notwendigerweise mit jeder gesetzlichen Regelung Differenzierungen vornehmen muß[34]. Zum anderen wird ganz generell ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aus funktionell-rechtlichen Gründen anerkannt. Dabei nimmt das Bundesverfassungsgericht durchaus eine Abstufung der Kontrolldichte vor. Maßstab dieser Abstufung ist vor allem der Gesichtspunkt, inwieweit durch die Differenzierung zugleich in die Freiheitsrechte eingegriffen wird. Je intensiver ein Eingriff in die Freiheitsrechte ist, um so größer ist die Kontrolldichte[35].

6.3 Die neue Formel und das Problem der Verhältnismäßigkeit

Das Bundesverfassungsgericht hat lange an der Interpretation des Gleichheitssatzes als einem reinen Willkürverbot uneingeschränkt festgehalten. Seit 1980 ist das Gericht allerdings, vor allem dessen Erster Senat, zu einer sog. neuen Formel übergegangen, die auch der bisherigen Kritik Rechnung zu tragen sucht. Danach ist das Gleichheitsgebot verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten[36]. Der Unterschied zum Gleichheitsgebot als Willkürverbot, das daneben weiter Anwendung findet, soll darin liegen, daß aufgrund des Willkürverbotes irgendein sachlicher Grund als Rechtfertigung ausreicht, während nunmehr der rechtfertigende Grund in einem angemessenen Verhältnis zur Ungleichbehandlung stehen würde. Der Gesetzgeber verstößt deshalb nach dieser neuen Formel gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sich für eine Ungleichbehandlung kein in angemessenem Verhältnis zu dem Grad der Ungleichbehandlung bestehender Rechtfertigungsgrund finden läßt. Die Kontrolldichte soll dabei nach der Intensität der Ungleichbehandlung abgestuft werden. Der Zweite Senat hat die neue Formel teilweise übernommen, betont aber stärker die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs und stellt darauf ab, ob die Ungleich-

[32] BVerfGE 66, 84 (95); *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 51 m.w.N.

[33] Vgl. näher *Werner Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 46 ff.

[34] S. *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 33.

[35] *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 37.

[36] BVerfGE 55, 72 (88); zu ihrer Bedeutung eingehend *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 21 f.

behandlung sich sachbereichsbezogen auf einen vernünftigen oder sonstwie einleuchtenden Grund zurückführen läßt. Insofern orientiert sich der Zweite Senat stärker an der herkömmlichen Willkürformel.

Nach dieser Vorstellung enthält der Gleichheitssatz einen abgestuften Prüfungsmaßstab, der von einem bloßen Willkürverbot bis hin zu einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung, die vor allem bei Differenzierungen zwischen Personen Anwendung finden soll, variiert. Obwohl immer wieder von einer wesentlichen Änderung oder einem entscheidenden Durchbruch gesprochen wird, wird man die Unterschiede zwischen alter und neuer Rechtsprechung, zwischen Willkürverbot und neuer Formel nicht überbetonen dürfen. Das Bundesverfassungsgericht hat schon immer auf die Eigenart des jeweiligen Sachbereichs abgestellt und die Kontrolldichte variiert.

Sehr viel problematischer und umstrittener ist die Frage, inwieweit das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch im Rahmen einer Gleichheitsprüfung Anwendung finden kann[37]. Diese Frage stellt sich in den Vereinigten Staaten in dieser Form weniger, da sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip in seiner dogmatischen Strukturierung in der amerikanischen Rechtsprechung nicht wiederfindet. Sachlich stammt das Verhältnismäßigkeitsprinzip bekanntlich aus dem Polizeirecht und findet zu Recht vor allem im Bereich der Freiheitsrechte Anwendung. Die zentralen Elemente der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit setzen allerdings eine Zweck/Mittel-Relation voraus. Deswegen wird auch versucht, die Gleichheitsprüfung mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Freiheitsrechten zu parallelisieren. Nach dem darauf aufbauenden Prüfungsschema soll erstens das Differenzierungsziel als solches verfassungsrechtlich zulässig sein. Zweitens muß das Differenzierungskriterium als solches verfassungsrechtlich zulässig sein und schließlich soll es im Hinblick auf das Differenzierungsziel geeignet, notwendig oder angemessen sein.

Diese Parallelisierung ist jedoch hoch problematisch, da sich die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung häufig gerade nicht in das Schema der Zweck/Mittel-Relation pressen läßt. In zahlreichen Fällen wird eine Ungleichbehandlung nämlich mit Erwägungen gerechtfertigt, die ausschließlich an Unterschiede zwischen den verschieden behandelten Personen oder Sachverhalten anknüpfen und diese Unterschiede anhand bestimmter Maßstäbe, wie z. B. dem Ausmaß der Schuld im Strafrecht, der Leistungsfähigkeit im Steuerrecht oder der Bedürftigkeit im Sozialrecht messen. Die Ungleichbehandlung verfolgt gar keinen äußeren Zweck, sondern orientiert sich von vornherein oder ausschließlich an einem Gerechtigkeitsmaßstab[38]. Hier wird lediglich geprüft, ob der Maßstab als solcher gerechtfertigt ist und die Ungleichbehandlung dem Maßstab entspricht. Ein Ziel im Sinne einer Zweck/Mittel-Relation existiert in diesen Fällen gar nicht. Andererseits gibt es auch Fälle, in denen die Ungleichbehandlung bestimmte externe

---

[37] Dazu eingehend *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 26 ff.

[38] Diese Differenzierung wurde entwickelt von *Huster*, Rechte (Fn. 27), S. 165 ff.

Zwecke, die außerhalb solcher Gerechtigkeitsmaßstäbe liegen, verfolgt, wie beispielsweise Ziele der Wirtschaftslenkung. Allenfalls in diesen Fällen läßt sich überhaupt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung sinnvoll durchführen. Freilich überlagern sich in vielen Fällen interne Gerechtigkeitsmaßstäbe und externe Zwecke, so daß eine sinnvolle Aufteilung und Trennung zwischen diesen beiden Bereichen gar nicht möglich ist. Eine Abwägung disparater Gesichtspunkte, die bei jeder Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen notwendig und erforderlich ist, wird dadurch auch nicht ausgeschlossen. Entscheidend ist darüber hinaus auch, daß die Ungleichbehandlung selbst oder die Abweichung vom Gerechtigkeitsmaßstab regelmäßig keinen zutreffenden Maßstab für die Intensität des Eingriffs enthält. Insoweit stellt das Verfassungsgericht ebenso wie die Literatur regelmäßig auf die zugleich berührten Freiheitsrechte ab, wo das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu Recht seinen Ort hat. Wenn der Maßstab für das Verhältnismäßigkeitsprinzip aber ohnehin schon dem Freiheitsrecht entnommen werden muß, ist nicht einzusehen, warum es gleichzeitig auch in die Gleichheitsrechte und deren Prüfung verlagert werden soll.

Zur Rechtfertigung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung und Illustration einer Abstufung der Rechtfertigungsanforderungen läßt sich gerade auch nicht die Klassifizierungstechnik des Supreme Court heranziehen. Die Differenzierung nach verschiedenen *classifications* meint etwas anderes. Die *suspect classifications* entsprechen nämlich als prinzipiell unzulässige Klassifizierungen den speziellen Differenzierungsverboten, wie sie Art. 3 Abs. 2 und 3 GG enthalten, ziehen aber gerade keine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach sich. Soweit der Supreme Court bei *suspect classifications* zwingende Gemeinwohlinteressen als Rechtfertigungsgrund verlangt und außerdem voraussetzt, daß die Differenzierung notwendig, bzw. eng auf den verfolgten Zweck zugeschnitten ist, enthält dieser Prüfungsmaßstab Elemente der Geeignetheit und Erforderlichkeit, aber gerade nicht das zentrale Element der Angemessenheit[39].

6.4 Amerikanische Affirmative Action und positive Diskriminierung unter dem Grundgesetz

Nachdem in den Vereinigten Staaten die Zulässigkeit positiver Diskriminierungen heftig diskutiert worden war und der Supreme Court 1978 seine erste Entscheidung zur *affirmative action* getroffen hatte[40], brach in den 80er Jahren auch in Deutschland eine heftige Debatte über die Zulässigkeit positiver Diskriminierung im Hinblick auf Maßnahmen der Frauenförderung aus. Freilich war und ist die Rechtsprechung des Supreme Court in dieser Hinsicht nur begrenzt übertragbar. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der Supreme Court Maßnahmen positiver Diskriminierung den gleichen Maßstäben wie Fälle negativer Dis-

[39] Vgl. schon *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 30.
[40] *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

kriminierung unterwirft, so daß z. B. bei Farbigen der Grundsatz der *strict scrutiny*, bei Frauen jedoch nur der *intermediate level of scrutiny* anwendbar ist. Übereinstimmung besteht nur insofern, als strikte Quotenregelungen sowohl nach amerikanischen wie nach deutschem Recht unzulässig sind. Die Verfassungsänderung des Art. 3 Abs. 2 GG durch die Einfügung eines Verfassungsauftrages, der als eine Art von Ermächtigung zu Förderungsmaßnahmen wirkt[41], hat freilich im Ergebnis weniger Einfluß gewonnen als das Europarecht und die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes[42]. Zwar erlaubt Art. 3 Abs. 2 GG im Unterschied zu Art. 3 Abs. 3 GG eine begrenzte positive Diskriminierung, wobei sich dies sowohl mit dem Verfassungsauftrag zur Gleichstellung als auch mit einer Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG als Dominierungsverbot begründen läßt. Die Rechtsprechung des EuGH hat aber bewirkt, daß eine positive Diskriminierung nur bei gleicher Qualifizierung zulässig ist. Damit sind die Spielräume für positive Förderungsmaßnahmen, wie sie in den USA möglich sind, in Deutschland sehr eng gezogen.

7 Resümee

Im Ergebnis wird man daher festhalten können, daß sich die Dogmatik des Gleichheitssatzes in den Vereinigten Staaten und in Deutschland trotz des gemeinsamen Ausgangspunktes in der Rechtsprechung des Supreme Court in den 20er Jahren deutlich auseinander entwickelt hat, wenngleich die sachlichen Unterschiede nicht so groß sind wie die dogmatischen. Die Rezeption einer dogmatischen Argumentationsfigur wie des Willkürverbotes bringt gerade im Detail oftmals größere Schwierigkeiten mit sich, als anfangs vermutet. Der Versuch einer Parallelisierung mit der dogmatischen Struktur der Prüfung von Freiheitsrechten und der Übernahme des Verhältnismäßigkeitsprinzips führt zu Friktionen, die teilweise auch in der Übernahme fremder Rechtsfiguren begründet sind. Die Dogmatik des Gleichheitssatzes erweist sich offenbar als ziemlich eigensinnig und resistent gegenüber dogmatischen Strukturierungsversuchen, die einer völlig anderen dogmatischen Rechtstradition verhaftet sind.

[41] Vgl. hierzu *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 101 ff. m.w.N.

[42] Vgl. insbes. EuGHE 1995, 3051 – Kalanke; zum Ganzen a. *Heun*, Art. 3 (Fn. 1), Rn. 98.

Der Einfluss des deutschen Rechts auf das japanische Verwaltungsprozesssystem

Mitsuru Noro

1 Einleitung

Der Einfluss des ausländischen Rechts auf das japanische öffentliche Recht, besonders auf das Verfassungsrecht, wird in der Regel folgendermaßen dargestellt.

Zwischen der Meiji-Restauration von 1867 (Meiji Ishin) und dem Politikwechsel von 1881 (Meiji 14 Nen no Seihen) existierten ausgeprägte politische Meinungsgegensätze hinsichtlich der Frage, welche europäische Verfassung als Modell für die Modernisierung der japanischen Verfassung herangezogen werden sollte. Auch innerhalb der Regierung bestand Uneinigkeit darüber, ob das preußische Modell oder das englische parlamentarische Regierungssystem als Vorbild gewählt werden sollte. Außerhalb der Regierung existierte daneben eine radikale politische Strömung, die von den Ideen der französischen Menschenrechtserklärung beeinflusst wurde.

Mit dem Politikwechsel von 1881 wurde jedoch *Shigenobu Ôkuma*, ein Befürworter des englischen parlamentarischen Regierungssystems, von der Regierung ausgeschlossen. Danach wählte diese Deutschland (besonders Preußen) als Modell, das die konstitutionelle Monarchie mit weitreichenden Befugnissen des Tennos, des Kaisers, anstrebte. 1889 wurde schließlich nach preußischem Vorbild die Meiji-Verfassung erlassen, welche bis zum Kriegsende 1945 unverändert blieb. Auch bei der Ausformung verschiedener Systeme des öffentlichen Rechts konnte man den Einfluss Preußens wahrnehmen, so zum Beispiel bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder der kommunalen Selbstverwaltung.

Unter der dominanten Führung der Amerikaner wurde 1946 während der Besatzungszeit nach dem Zweiten Weltkrieg die neue japanische Verfassung errichtet, die bis heute nicht geändert wurde. Dieser starke amerikanische Einfluss zeigt sich auch darin, dass diese Verfassung von ultra-nationalistischen politischen Kräften als „aufgedrückte Verfassung" bzw. – nach dem obersten Befehlshaber der Besatzungskräfte *MacArthur* – auch als „MacArthur Verfassung" bezeichnet wird.

Es existieren in dieser zwar auch viele inhaltliche Unterschiede zur amerikanischen Verfassung, bezüglich der Judikative wurde jedoch ein einheitliches angloamerikanisches Gerichtssystem eingeführt und das Verwaltungsgericht aufgelöst. Auch hinsichtlich der gerichtlichen Prüfung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen wurde kein Verfassungsgericht eingerichtet, sondern nur die amerikanische akzessorische Verfassungswidrigkeitsprüfung eingeführt. Ebenso wurde das Verwaltungsrecht nach amerikanischem Vorbild reformiert und ein Verwaltungskommissionssystem eingeführt.

Die seit der Vorkriegszeit von Deutschland beeinflussten Systeme und Theorien sind aber auch in der Gegenwart weit verbreitet. Man kann durchaus behaupten, dass das gegenwärtige japanische öffentliche Recht aus einer Triade geformt wird, die aus jenem von Deutschland beeinflussten Teil, einem in der Nachkriegszeit von Amerika beeinflussten Teil sowie aus einem charakteristischen (eigenständigen) japanischen Teil besteht.

Die Entwicklung des Verwaltungs(prozess)rechts entspricht in gewissem Rahmen ebenfalls dem oben genannten Muster, enthält aber auch Punkte, die nicht so einfach erklärt werden können.

Im Folgenden möchte ich die Entwicklung des Verwaltungsprozessrechts in 3 Stufen einteilen und darstellen.

- Der Erlass der Meiji-Verfassung und die Einrichtung des Verwaltungsgerichts durch das Verwaltungsgerichtsgesetz von 1890 – VwGG –
- Die Abschaffung des Verwaltungsgerichts durch die Nachkriegsverfassung von 1946 und die Wiederauferstehung des Verwaltungsprozesses durch das Gesetz betreffend die Ausnahme der Zivilprozessordnung in Verwaltungssachen von 1948 – Ausnahmegesetz – sowie das Verwaltungsprozessgesetz von 1962 – VwPG – innerhalb des einheitlichen Gerichtssystems
- Die Reform des VwPG 2004

2 Meiji-Verfassung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

2.1 Der Weg bis zum Erlass des Verwaltungsgerichtsgesetzes –VwGG –

Nach der Meiji-Restauration von 1867 folgte die Regierung keinem klaren Prinzip bezüglich der Behandlung von Verwaltungsstreitigkeiten und die Systeme wechselten häufig. Nach dem Politikwechsel von 1881 und der Machtübernahme durch preußenfreundlich gesinnte Regierungsmitglieder besuchte *Hirobumi Itô*

(1841-1909) 1882 Europa, um konstitutionelle Systeme einschließlich der Verwaltungsprozesse zu untersuchen[1]. *Itô* war damals der mächtigste Mann innerhalb der Regierung und wurde 1882 der erste Ministerpräsident Japans.

In Berlin führte *Itô* Gespräche mit *Rudolf von Gneist* (1816-1895) und hörte Vorträge von dessen Schüler *Albert Mosse* (1846-1925), der als Richter tätig und gleichzeitig Berater der japanischen Botschaft in Berlin war. Außerdem erhielt *Itô* in Wien Ratschläge von *Lorenz von Stein* (1815-1890), den er aufgrund nachdrücklicher Empfehlung des japanischen Botschafters besuchte. Es wird jedoch vermutet, dass *Itô* durch *von Gneist*, welcher gegenüber der Einführung des modernen japanischen konstitutionellen Systems seine Bedenken geäußert hatte, weniger beeinflusst wurde als durch die Vorlesungen von Steins.

Nach der Rückkehr *Itôs* begannen 1884 die Arbeiten an dem Entwurf für ein Verwaltungsgerichtsgesetz. Bei diesem und ebenso bei dem Entwurf der Verfassung leisteten zwei von der japanischen Regierung eingeladene deutsche Juristen wichtige Beiträge, indem sie jeweils selbst Entwürfe anfertigten und sich außerdem als Ratgeber betätigten[2].

Einer dieser Juristen war *Karl Friedrich Hermann Roesler* (1834-1894)[3], der, nachdem er zum Katholizismus konvertiert war, seine Arbeit als Professor an der Universität Rostock beendete und zwischen 1878 und 1893 – zuerst als Berater des Außenministeriums und von 1890 an als Berater des Kabinetts – nicht nur zur Gesetzgebung des öffentliches Rechts sondern auch zu der des Handelsrechts beitrug. Der andere Jurist war der oben erwähnte *Albert Mosse*, der zwischen 1886 und 1890 als Berater des Kabinetts bzw. als Rechtsberater des Innenministeriums tätig war.

Neben den Entwürfen der beiden Deutschen gab es auch Gesetzesentwürfe von japanischen Beamten, wobei die Beziehungen zwischen den diversen Gesetzesentwürfen nicht ganz eindeutig feststellbar sind. Schließlich wurde 1890 ein von *Mosse* entworfener und revidierter Gesetzesentwurf als VerwGG realisiert.

Vorausgegangen war 1889 der Erlass der Meiji-Verfassung, die in Artikel 61 die verfassungsmäßige Bildung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorsah:

„Art. 61: Die Justizgerichte dürfen in keinem Rechtsstreit entscheiden, welcher vermeintlich durch rechtswidrige Verfügungen der Verwaltungsbehörden verletzte Rechte betrifft und zur Zuständigkeit der besonders durch Gesetz errichteten Verwaltungsgerichte gehört.“

---

[1] Dazu *Kazuhiro Takii,* Doitsu Kokkagaku to Meiji Kokusei (Die deutsche Staatswissenschaft und Meiji-Staatsverfassung), 1999, S. 165 ff.; ders., Bunmeishi no Naka no Meiji Konpô (Meiji-Verfassung in Zivilisationsgeschichte), 2003, S. 82 ff.

[2] *Gyôseisaibansho* (Hrsg.), Gyôseisaibansho 50 Nen Shi (50 Jahre des Verwaltungsgerichts), 1941, S. 9 ff. ; *Hideo Wada,* Kokka Kenryoku to Jinken (Staatsgewalt und Menschenrechte), 1979, S. 109 ff.

[3] *Johannes Siemes*, Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht : der Beitrag *Hermann Roeslers*, 1975.

2.2 Grundzüge des VwGG

Wenn auch der konkrete Inhalt des japanischen VwGG wesentliche Unterschiede zu dem preußischen enthält, so kann man doch folgende Gemeinsamkeit feststellen. Die im VwGG festgelegte Verwaltungsgerichtsbarkeit errichtet das Verwaltungsgericht als ein Kontrollorgan innerhalb der Verwaltung, um eine Einmischung der Judikative in die Verwaltung zu verhindern. Im Folgenden sollen Grundzüge des VwGG dargestellt werden.

Das Verwaltungsgericht wurde in Tokio errichtet; dieses war gleichzeitig erste und letzte Instanz, eine Wiederaufnahme wurde nicht akzeptiert. Das war ein bedeutender Unterschied zum preußischen Verwaltungsgericht, welches das Dreiinstanzensystem besaß. Obwohl 1888 die kommunale Selbstverwaltung nach dem von *Mosse* vorgeschlagenen preußischen Modell gestaltet wurde, existierte absolut keine Synthese zwischen diesem, den Kernpunkt der Theorie *von Gneists* bildenden System und der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Andererseits war es Pflicht, bei den Verwaltungsbehörden eine Beschwerde einzulegen, bevor man beim Verwaltungsgericht eine Klage erhob. Ein entsprechendes Beschwerdegesetz wurde fast gleichzeitig mit dem VwGG erlassen.

Die Einführung dieses Systems lag wahrscheinlich erstens an den in Japan tätigen deutschen Juristen, die das Dreiinstanzensystem des Verwaltungsgerichts mit der Begründung abgelehnt hatten, es würde zu einer Stagnation bzw. Vereinheitlichung der Verwaltung führen und nicht zu dem damaligen Japan passen. Die Entwürfe *Roeslers* und *Mosses* schlugen daher nicht das preußische Dreiinstanzensystem, sondern das französische bzw. österreichische Eininstanzensystem vor. Außerdem existiert ein Dokument über einen Vorschlag *von Gneists* – dessen Zeitpunkt allerdings unklar ist –, in dem behauptet wird, dass die japanische Zivilisation nicht weit genug entwickelt wäre, das Verwaltungsgerichtssystem aufzunehmen[4].

Der zweite Grund für die Annahme dieses Modells lag wohl darin, dass eine dem Tenno anhängende verstärkte Verwaltung mit den Interessen der japanischen Regierung übereinstimmte[5].

Der Verwaltungsgerichtsrat als Spruchkörper setzte sich aus „höheren Verwaltungsbeamten" bzw. „Richtern" zusammen. Allerdings wurde nicht wie beim preußischen Verwaltungsgericht die Pflicht eingeführt, die Hälfte mit Richtern zu besetzen. Es wird angenommen, dass insgesamt etwa ein Anteil von 20 Prozent die Befähigung zum Richteramt besaß[6].

---

[4] *Gyôseisaibansho* (FN 2), S. 37.

[5] *Shin-ich Takayanagi*, Gyôseikokkasei yori Shihôkokkasei he (Vom Verwaltungsstaat zum Justizstaat), in : FS *Jirô Tanaka*, Kôhô no Riron (Theorie des öffentlichen Rechts), Bd. 2, 1. Halbband, S. 2226 ff. ; *Yoshio Miyazaki*, Gyôseisôshô to Gyôseihôgaku (Verwaltungsstreitigkeiten und Verwaltungsrechtslehre), ergänzte Aufl., 2004, S. 6 f.

[6] *Miyazaki* (FN 5), S. 48 ff.

Gegenstand der Klage war die „Verfügung" der Verwaltungsbehörde, zudem wurde hinsichtlich der Klagegegenstände das Enumerationsprinzip eingeführt – ähnlich wie in den damaligen verschiedenen deutschen Ländern. Die Klagegegenstände wurden fast gleichzeitig mit dem VwGG durch das „Gesetz, betreffend Verwaltungsstreitigkeiten bezüglich rechtswidriger Verfügung der Verwaltungsbehörde" und andere Einzelgesetze festgelegt. Wenn auch das gleiche Enumerationsprinzip wie in Preußen angewandt wurde, so waren in der Realität die anfechtbaren Verfügungen jedoch durch Einzelgesetze gegenüber den weiten Klagemöglichkeiten in Preußen viel strenger begrenzt.

Die Erhebung der Klage hemmte anders als in Preußen grundsätzlich nicht die Vollstreckung einer Verfügung.

Bezüglich der Klageart bzw. der Urteilsform gab es keine genauen gesetzlichen Regelungen. Urteile der Feststellung der Nichtigkeit einer Verfügung, Gestaltungsurteile zur Aufhebung einer solchen sowie Leistungsurteile, die Antragszulassungsmaßnahmen zur Pflicht machen, wurden erlassen.

Das VwGG imitierte also nicht, wie oben dargestellt, direkt das preußische Rechtssystem. Auch das französische bzw. österreichische System wurden hinzugezogen, und es wurden darüber hinaus charakteristische japanische Merkmale hinzugefügt, um so weit wie möglich die Freiheit der Verwaltung zu sichern. Auf der einen Seite war dieses Verwaltungsprozesssystem eine Anpassung an das System der Meiji-Verfassung, das die Autorität und Macht des Tennos betonte. Auf der anderen Seite entstand es aus dem Versuch des damaligen Japan, von oben die Modernisierung des Landes mit aller Kraft voranzutreiben, um die europäischen Nationen einzuholen.

Das VwGG wurde jedoch nach und nach immer stärker wegen des mangelnden Rechtsschutzes durch das Verwaltungsgericht kritisiert. 1932 wurde daher innerhalb der Regierung ein Entwurf für ein neues Verwaltungsgerichtsgesetz entwickelt, der eine grundlegende Reform des bestehenden VwGG bezweckte[7]. Zu diesem Zeitpunkt begann aber schon die japanische Invasion Chinas, so dass der Gesetzesentwurf ohne Beratung des Parlamentes verworfen wurde.

2.3 Verwaltungsrechtslehre unter der Meiji-Verfassung

Im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit bestand in der herrschenden Verwaltungsrechtstheorie zur Zeit der Meiji-Verfassung ein überwältigender Einfluss der deutschen Wissenschaftstheorie, besonders durch die Theorie *Otto Mayers*. Der unter der Meiji-Verfassung bedeutendste Wissenschaftler des öffentlichen Rechts *Tatsukichi Minobe* (1873-1948)[8] studierte ab 1899 für einen langen Zeitraum in Deutschland, Frankreich und England. Er übersetzte und verlegte außerdem die 1.

---

[7] *Gyôseisaibansho* (FN 2), S. 436 ff. ; *Wada* (FN 2), S. 143 ff.

[8] *Akira Wani*, in : *Michael Stolleis* (Hrsg.), Juristen, 1995, S. 427.

Auflage von *Otto Mayers* Hauptwerk „Deutsches Verwaltungsrecht“ in 2 Bänden, 1895-1896.

Unter dem starken Einfluss *Otto Mayers* formte *Minobe* anschließend die japanische Verwaltungsrechtslehre. Bedeutsam ist dabei vor allem die Theorie des Verwaltungsaktes. Die japanische Verwaltungsrechtslehre nach *Minobe* betrachtete *Otto Mayers* Theorie vom Staatshandeln und dessen Bindung an Gesetz und Gleichheitssatz (sowohl beim Verwaltungsakt als auch bei Gerichtsurteilen) als Vorbedingung. Darauf aufbauend folgerte man, dass Verwaltungsakte sich grundsätzlich von Rechtsgeschäften Privater unterscheiden, weil diese die Anforderungen von *Otto Mayers* Selbstbezeugungstheorie des Verwaltungsaktes und *Walter Jellineks* Theorie der Rechtsmäßigkeitsvermutung des Verwaltungsaktes nicht erfüllen.

Diese Art von Verständnis des Verwaltungsaktes diente nicht nur der Rechtfertigung des dem preußischen System ähnelnden japanischen Rechtssystems mit dem Enumerationsprinzip als Gegenstand des Verwaltungsprozesses bzw. mit der Selbstvollstreckungskraft des Verwaltungsaktes. Es sollte auch die Tatsache rechtfertigen, dass die Anbringung einer Klage im Gegensatz zum preußischen System grundsätzlich nicht die Vollstreckung einer Verfügung hemme[9]. Die Verwaltungsaktstheorie *Minobes* wurde von dessen Schüler *Jirô Tanaka* (1906 – 1982) fortentwickelt, dem bedeutendsten Verwaltungsrechtslehrer der japanischen Nachkriegszeit. Obwohl das Enumerationsprinzips als systematische Voraussetzung nach dem Zweiten Weltkrieg verschwand, blieb es bis in die 70er Jahre hinein eine führende Theorie für den Aufbau bzw. die Anwendung des Verwaltungsprozesssystems.

3 Entwicklung nach dem 2. Weltkrieg

Im Folgenden geht es um die Auflösung des Verwaltungsgerichts durch die neue Verfassung von 1946 sowie die Wiederherstellung des Verwaltungsprozesses durch das Gesetz betreffend Ausnahme der Zivilprozessordnung in Verwaltungssachen von 1948 – Ausnahmegesetz – bzw. durch das Verwaltungsprozessgesetz von 1962 – VwPG –

3.1 Der Erlass der neuen Verfassung und die Annahme des einheitlichen Gerichtssystems

Die neue Verfassung wurde 1946 während der amerikanischen Besatzungszeit nach dem Zweiten Weltkrieg erlassen und trat am 3. Mai 1947 in Kraft. Artikel 76 regelt folgendes:

Artikel 76. (1) Die gesamte Gerichtsbarkeit liegt bei einem Obersten Gericht und den vom Gesetz geschaffenen unteren Gerichten.

[9] *Miyazaki* (FN 5), S. 32 f.

(2) Kein Sondergericht darf eingerichtet werden, noch darf irgend einem Organ oder Träger der Exekutive als letzter Instanz eine Gerichtsbarkeit verliehen werden.

Die neue Verfassung hat also ein einheitliches Gerichtssystem geschaffen und die Errichtung eines unabhängigen Verwaltungsgerichtes verboten.

In Japan gab es im Unterschied zu Deutschland folgende Gründe für die Auflösung des Verwaltungsgerichts:

Erstens wurde Japan tatsächlich nur von Amerika besetzt.

Zweitens wurde der von der japanischen Regierung abgefasste Verfassungsentwurf durch das amerikanische GHQ (Generalhauptquartier des Oberkommandeurs der alliierten Kräfte) als zu wenig demokratisiert abgelehnt. Man kann außerdem darauf hinweisen, dass der von dem GHQ selbst abgefasste Verfassungsentwurf fast ohne Änderung als neue Verfassung angenommen wurde.

Die Tendenz zur Beseitigung des Verwaltungsgerichts deutete sich jedoch schon in dem Verfassungsentwurf der japanischen Regierung an, der bereits vor dem des GHQ entstand. Für den Versuch dieses Vorhabens gab es auf japanischer Seite folgende Gründe:

Zum einen betrachteten die damals führenden Rechtswissenschaftler des öffentlichen Rechts bzw. die Justizbeamten das Verwaltungsgericht der Vorkriegszeit unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes als absolut unzureichend. Daraus folgerten sie, dass eine Beseitigung des Verwaltungsgerichts und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Verwaltungsprozesse eine Abkürzung wäre, um eine grundlegende Reform zu realisieren[10]. Im Gegensatz zu Deutschland existierte in Japan keine wiederherzustellende Tradition des Rechtsstaats.

Zum anderen erwünschten die Justizbeamten die Beseitigung eines von der Judikative unabhängigen Verwaltungsgerichtes, um ihre eigenen Befugnisse zu vergrößern[11].

3.2 Eine Alternative zu dem Verwaltungsprozessverfahren unter der neuen Verfassung

Bei dem Erlass der neuen Verfassung wurde nicht entschieden, mit welchen Prozessverfahren man unter dem einheitlichen Gerichtssystem Verwaltungsstreitigkeiten behandeln sollte.

Innerhalb der Regierung wurde vor dem Erlass der neuen Verfassung ein Gesetzentwurf für die Behandlung von Verwaltungsprozessen angefertigt. Dieser Gesetzentwurf stand unter der Prämisse der von Deutschland beeinflussten Ver-

[10] *Shin-ich Takayanagi*, Sengo Shoki no Gyôseisoshôhôsei Kaikakuron (Diskussion um die Reform des Verwaltungsprozessrechts in der frühen Nachkriegszeit), Shakaikagakukenkyû (The Journal of Social Science), Bd. 31, Nr. 1, 1979, S. 1 ff.

[11] *Jiku Satô*, Gyôseijikensoshô Tokureihô no Rippôkatei (Entstehungsgeschichte des Gesetzes betreffend Ausnahme der Zivilprozessordnung in Verwaltungssachen), in : *Nobushige Ukai* (Hrsg.), Gyôseitetsuzuki no Kenkyû (Studien zum Verwaltungsverfahren), 1971, S. 264 f.

waltungsrechtstheorie, die eine Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht sowie den Verwaltungsakt enthielt. Das GHQ nahm jedoch diesen Entwurf nicht an. Mit Inkrafttreten der neuen Verfassung wurde dann lediglich durch das „Gesetz über die mit dem Inkrafttreten der japanischen Verfassung einhergehenden provisorischen Maßnahmen der Zivilprozessordnung“ die Klagefrist einer „die Aufhebung oder die Änderung einer rechtswidrigen Verfügung der Verwaltungsbehörde fordernden Klage“ festgelegt.

Hier kann man vermuten, dass das GHQ zuerst den Versuch unternahm, das amerikanische Prozessverfahren einzuführen, welches nicht zwischen Verwaltungs- und Zivilsachen unterscheidet[12]. Dieses Prinzip änderte sich jedoch mit dem „Hirano-Fall“ aus dem Februar 1948[13]. Der Parlamentsabgeordnete *Rikizô Hirano* war aufgrund seines Verhaltens während des Krieges aus allen öffentlichen Ämtern entlassen worden. Deshalb stellte er mit Hilfe des Zivilprozessverfahrens beim Landgericht Tokio einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, der von diesem auch angenommen wurde. Das GHQ ließ jedoch den Befehl geben, diese Entscheidung zu widerrufen.

Viele Mitglieder des GHQ waren sogenannte „New-Dealer“, die glaubten, dass es notwendig sei, den Reformprozess vor Störungen durch die Gerichte zu schützen[14]. Sie forderten von der japanischen Regierung, die verwaltungsprozessualen Verfahren zu ordnen. Außerdem gaben sie die Anweisung, die Notwendigkeit einer vorgeschalteten Beschwerde aufzuheben und eine Ausnahme der Verfügung, die zum Gegenstand des einstweiligen Rechtsschutzes wird, einzurichten.

3.3 Erlass des Ausnahmegesetzes und des VwPG

Durch die oben geschilderten Umstände wurde 1948 das Gesetz betreffend Ausnahme der Zivilprozessordnung in Verwaltungssachen erlassen. Dieses Gesetz beruht auf dem oben erwähnten Gesetzesentwurf, der von der japanischen Regierung vor dem Erlass der Verfassung abgefasst und dann auf amerikanischen Wunsch ergänzt wurde. Dadurch gab es eine Wiederauferstehung des europäischen Verwaltungsprozessverfahrens ohne die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Das 1962 erlassene Verwaltungsprozessgesetz bewahrte – bis auf die Beendigung des Vorschaltungszwangs der Beschwerde – das Gerüst des Ausnahmegesetzes von 1948. Es wurde im Wesentlichen mit dem Ziel erlassen, technische Fehler und Unzulänglichkeiten zu beseitigen. Die Besonderheiten dieser zwei Gesetze lassen sich auf folgende Weise darstellen:

---

[12] *Shin-ich Takayanagi*, Gyôseisoshô Hôsei no Kaikaku (Reform des Verwaltungsprozesssystems), Tokio *Daigaku Shakaikagaku Kenkyûjo* (Hrsg.), Sengo Kaikaku (Reformen in der Nachkriegszeit), Bd. 4, S. 332.

[13] Dazu *Jirô Tanaka*, Shihôken no Genkai (Grenze der Gerichtsbarkeit), 1976, S. 95 ff.

[14] *Satô* (FN 11), S. 265 f.

Erstens haben diese Gesetze im Hinblick auf die Klagegegenstände das Enumerationsprinzip aufgehoben und eine Generalklausel – gleich wie im Recht Nachkriegsdeutschlands – eingeführt, um den Rechtsschutz zu verbessern. Darüber hinaus gelten diese zwei Gesetze jeweils als Startpunkt für die Unterscheidung zwischen einer Anfechtungsklage im weiteren Sinn und Parteistreitigkeiten. Durch das Ausnahmegesetz wurde als Anfechtungsklage lediglich eine „Klage auf die Aufhebung oder die Änderung der rechtswidrigen Verfügung " geregelt.

Das VwPG regelte den Gegenstand der Anfechtungsklage demgegenüber auf folgende Weise: „Akte, die verwaltungsbehördliche Verfügungen und andere Ausübungen hoheitlicher Gewalt betreffen". Es wurde also eine Klage festgelegt, die nicht nur Verwaltungsakte, sondern alle – auch Realakte beinhaltende – obrigkeitlichen Tätigkeiten erfasst, namentlich die Aufhebung der Verfügungen, die Feststellung der Unwirksamkeit der Verfügungen sowie die Rechtswidrigkeitsfeststellung der behördlichen Untätigkeit bezüglich des Antrags. Die Verpflichtungsklage und die Unterlassungsklage wurden zwar gesetzlich nicht geregelt, theoretisch aber als Teil der Anfechtungsklage betrachtet[15].

In Deutschland hat die Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – 1960 den Dualismus zwischen Anfechtungsklage und Parteistreitigkeit aufgehoben. In Japan wurde dieser jedoch auch in dem VwPG von 1962 fortgesetzt. Der Grund liegt wahrscheinlich darin, dass die mit dem Erlass von Gesetzen befassten Rechtswissenschaftler des öffentlichen Rechts noch stark von den deutschen Theorien aus der Zeit vor Erlass der VwGO beeinflusst wurden[16].

Die fehlende ausdrückliche Regelung der Verpflichtungsklage im VwPG ist ebenfalls ein wichtiger Unterschied zu der deutschen VwGO. Die damals führenden japanischen Wissenschaftler des öffentlichen Rechts bzw. des Zivilprozessrechts waren nach wie vor von der Idee beeinflusst, dass die Judikative sich nicht in die Verwaltung einzumischen hat. Dieser Gedanke hatte seine Grundlage in dem Verwaltungsgerichtssystem der Vorkriegszeit. Die Wissenschaftler begründeten ihre Denkweise unter der neuen Verfassung mit dem Gewaltenteilungsprinzip, das einen Vorrang vor dem Menschenrechtsschutz der Verfassung hätte[17].

Als Ergebnis folgerten sie, dass das Gericht die Verfügung nachträglich prüfen, die Verwaltungsbehörde aber grundsätzlich nicht zum Erlass einer bestimmten Verfügung verpflichten könnte, was einen partiellen Unterschied zur verwaltungsgerichtlichen Praxis der Vorkriegszeit darstellt. Die eigentümliche Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der behördlichen Untätigkeit im Hinblick auf den Antrag war aus dem Kompromiss zwischen dieser herrschenden Meinung und der Idee der Notwendigkeit der Verpflichtungsklage geboren[18].

---

[15] *Ryôkichi Sugimoto*, Gyôseijikensoshôhô no Kaisetsu (Erläuterung des Verwaltungsprozessgesetzes), 1963, S. 10.

[16] *Hikaru Takagi*, Gyôseisoshô Ron (Verwaltungsprozess), 2005, S. 143 ff.

[17] Z. B. *Tanaka* (FN 13), S. 10 ff.

[18] *Sugioto* (FN 15), S. 10, 16 f. ; *Ichrô Ogawa*, Gyôseisôshô no Riron (Theorie von Verwaltungsstreitigkeiten), 2001, S. 189.

Schließlich bestimmten die zwei Gesetze hinsichtlich des einstweiligen Rechtsschutzes die Nichtanwendbarkeit der zivilprozessrechtlichen einstweiligen Verfügung bezüglich der „Ausübung der hoheitlichen Gewalt". Als Ersatz regelten die zwei Gesetze das System der Vollstreckungshemmung und sahen eine grundsätzlich fehlende Vollstreckungshemmung vor, so wie es auch im VwGG der Fall war.

Darüber hinaus wurde auf Drängen des GHQ der Einspruch des Ministerpräsidenten geregelt. Auf diese Weise wurde dem Gericht verboten, eine Vollstreckungshemmung gegen den Willen des Ministerpräsidenten anzuordnen. Diese Art des einstweiligen Rechtsschutzes, im Besonderen das besagte Einspruchssystem des Ministerpräsidenten, wird von der gegenwärtigen wissenschaftlichen Theorie stark kritisiert[19].

Die damalige wissenschaftliche Theorie und Praxis legitimierte jedoch das oben genannte System aus folgenden Gründen: Das Gericht übt die Anordnung der Vollstreckungshemmung als eine ihm durch Gesetz verliehene Verwaltungstätigkeit aus[20], was auf der Grundlage der Theorie der Rechtsmäßigkeitsvermutung des Verwaltungsaktes bzw. der damit verbundenen Theorie der Selbstvollstreckungskraft des Verwaltungsaktes erfolgen würde.

4 Die Kritik bezüglich des VwPG und die Reform 2004

4.1 Mängel und Kritik des VwPG

Das VwPG von 1962 wurde nach und nach stärker für die ungenügende Erfüllung der Rechtsschutzaufgabe kritisiert. Da das Gericht bei der Prüfung der Zulässigkeit der Klage sehr streng verfuhr und das Verwaltungsermessen übermäßig achtete[21], war es für die Kläger sehr schwierig, Prozesse zu gewinnen. Als Folge davon sank die Zahl der Prozesse[22]. Im Folgenden sollen die Gründe dargestellt werden, die zu dieser Situation führten.

Zum einen wurde in Japan das einheitliche amerikanische Gerichtssystem angenommen. Es gibt also keine spezialisierten Richter, sondern nur Richter des ordentlichen Gerichts, die „zusätzlich" Verwaltungsprozesse übernehmen. Auf der anderen Seite wurde bezüglich des Prozessverfahrens ein System angenommen, das nicht die angloamerikanische Gleichbehandlung des Betroffenen respektiert,

---

[19] *Hidetake Satô*, Naikakusôridaijin no Igi (Einspruchssystem des Ministerpräsidenten), Jurist 925, 1989, S. 192 f.

[20] z. B. *Jirô Tanaka*, Gyôseisôshô no Hôri (Rechtstheorie von Verwaltungsstreitigkeiten), 1954, S. 201.

[21] Übergreifend zur Ermessenstheorie in Japan *Rûji Yamamoto*, Die japanische Ermessenslehre im Wandel, DÖV 2006, S. 848 ff.

[22] *Katsuya Ichihashi*, Gyôseisoshô no Genkyô to sono Jikkôsei (Der heutige Zustand des Verwaltungsprozesses und seine Effektivität), Hô no Kagaku (Science in Law) 15, 1987, S. 49 ff. ; *Shigeo Kisa*, Ningen no Songen to Shiôken (Menschenwürde und Gerichtsbarkeit), 1990, S. 313 ff. ; *Yasutaka Abe,* Gyôseisoshô Kaikaku Ron (Zur Reform des Verwaltungsprozesses), 1993, S. 1 ff.

sondern die Verwaltung nach dem (alt-) europäischen Modell aufgrund der öffentlichen Interessen bevorzugt[23].

In Japan wurden also zwei für den Kläger ungünstige Teile des amerikanischen bzw. europäischen Systems miteinander verbunden. In Japan wurden in der Praxis bis jetzt die allgemeine Zivilsache und der Strafprozess als eigentliche Aufgaben des Gerichts angesehen. Der Verwaltungsprozess wurde geringgeschätzt, was auch an der Tatsache ersichtlich ist, dass das Verwaltungsrecht bis 2005 kein Pflichtfach und seit 2000 nicht einmal Wahlfach des juristischen Staatsexamens war.

Zweitens hatte die früher herrschende wissenschaftliche Theorie des öffentlichen Rechts von den Gerichten eine zurückhaltende Position gegenüber der Verwaltung gefordert, basierend auf der Theorie der Rechtmäßigkeitsvermutung des Verwaltungsaktes bzw. auf der eigentümlichen Gewaltenteilungstheorie. Diese Art der wissenschaftlichen Theorie überlebte bei den Gerichten lange Zeit, auch nachdem sie in der Wissenschaft schon als veraltet galt. Daraus folgte, dass die nicht gesetzlich geregelten Verpflichtungsklagen und Unterlassungsklagen in der Praxis sehr selten als zulässig anerkannt wurden. Auch bezüglich der Kontrolle des Ermessens blieb das Gericht passiv.

Drittens gibt es in vielen japanischen Gesetzen kein konkretes Kriterium für die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit. Das Gericht hegt gegenüber dieser Art von Gesetzen keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken. Einerseits argumentiert es für die Achtung des Verwaltungsermessens, andererseits versucht es Klagen abzuweisen, weil die Prüfung der Gesetzmäßigkeit des betreffenden Verwaltungsaktes schwierig waren[24].

4.2 Die Änderung des VerwPG 2004

Als ein Teil der Verwaltungs- bzw. Finanzreform sowie der Justizreform bezweckte die Reform des VwPG die Veränderung der oben genannten Situation bzw. die Annäherung an das internationale Niveau des Rechtsschutzes. Zudem wurde 2006 das Verwaltungsrecht Pflichtfach des juristischen Staatsexamens. Daran kann man erkennen, dass die Gerichte den Verwaltungsprozess im Verlaufe der Justizreform höher bewerten.

Während der Reform des VwPG wurden die Rechtssysteme Frankreichs, Deutschlands, Amerikas, Englands und der EU insgesamt erneut genauestens untersucht[25]. Besonders das gegenwärtige deutsche Verwaltungsprozessrecht hatte den größten Einfluss. Folgende Reforminhalte lassen sich aufzählen:

---

[23] *Itsuo Sonobe*, Gendaigyôsei to Gyôseisoshô (Die Verwaltung der Gegenwart und Verwaltungsprozess), 1987, S. 3.

[24] Das deutsch-japanisches Symposium : Das Verwaltungsermessen und dessen
Kontrolle durch die Gerichten, *Hanreijiô* 1935, 2006, S. 5.

[25] Zusammenfassend *Hiroaki Murakami*, Gyôseisoshô no Kisoriron (Grundtheorie vom Verwaltungsprozess), 2007, S. 329.

- Als neue Klagearten wurden die Verpflichtungsklage bzw. die Unterlassungsklage gesetzlich festgelegt. Außerdem wurde der einstweilige Rechtsschutz bei diesen Klagen neu geregelt.
- Der Dualismus zwischen der Anfechtungsklage und den Parteistreitigkeiten wurde zwar nicht aufgegeben, dafür wurde aber, um den Unterschied zu verkleinern, die Regelung des bisherigen Systems beseitigt, welche die Verwaltungsbehörde zur Beklagten der Anfechtungsklage machte. Die Beklagten der Anfechtungsklage und die Beklagten der Parteistreitigkeiten wurden vielmehr vereinheitlicht. Außerdem wurde als eine Parteistreitigkeit die Feststellungsklage – obwohl sie bisher schon in der Rechtsprechung anerkannt war – gesetzlich festgelegt und ihre praktische Anwendung angeregt.

Bisher wurde die Existenzberechtigung der Parteistreitigkeiten aus den folgenden Gründen angezweifelt: Einerseits war der Raum für die Parteistreitigkeiten gering, weil alle obrigkeitlichen Verwaltungstätigkeiten – einschließlich der Realakte – als Gegenstand der Anfechtungsklage betrachtet wurden. Andererseits wurden die Parteistreitigkeiten und der Zivilprozess unter dem einheitlichen Gerichtssystem von dem gleichen Gericht behandelt, zudem bestand fast kein Unterschied bezüglich des Prozessverfahrens.

Die bisherige wissenschaftliche Theorie hatte immer behauptet, dass für die Vergrößerung des Rechtsschutzes der Gegenstand der Anfechtungsklage erweitert und infolgedessen eine Anfechtungsklage auf die Aufhebung von Planungsakten und von Rechtsverordnungen oder Satzungen erlaubt werden sollte. Im Gegensatz dazu deutet das Reformgesetz ein Konzept an, dass gegen Verwaltungstätigkeiten mit Ausnahme der Anfechtung von Verwaltungsakten im Wege der Parteistreitigkeiten einschließlich der Feststellungsklage geklagt sollte.

Dieses Konzept – die Beseitigung des Dualismus zwischen Anfechtungsklage und Parteistreitigkeiten, die Begrenzung des Gegenstands von Anfechtungsklage und Verpflichtungsklage auf den Verwaltungsakt – wurde vom gegenwärtigen Recht Deutschlands beeinflusst.

- Um die Klagebefugnis der Anfechtungsklage innerhalb der Schutznormtheorie zu erweitern, wurde der Wortlaut verändert.
- Bezüglich des einstweiligen Rechtsschutzes blieben das Vollstreckungsnichthemmungsprinzip bzw. das Einspruchssystem des Ministerpräsidenten zwar erhalten, die Voraussetzungen für die Vollstreckungshemmung wurden jedoch gelockert.

Grundprobleme einer Rezeption ökonomischer Instrumente im Umweltrecht

Thomas Mann

Im Kontext von Rezeption und Reform im Recht sollte berücksichtigt werden, dass nicht nur Rechtssysteme verschiedener Länder sich gegenseitig beeinflussen, sondern dass unsere Rechtsetzung in zunehmendem Maße auch Einflüsse aus den Nachbarwissenschaften aufnimmt. Ähnlich wie in den letzten Jahren Juristen in den Schlüsselpositionen von Staat und Wirtschaft mehr und mehr durch Volks- und Betriebswirte verdrängt werden, werden auch an die Gesetzgebung immer stärker ökonomische Vorstellungen herangetragen. Ein aktuelles Beispiel ist das vor kurzem in Kraft getretene Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates[1]. Hiermit wird eine seit langem von der ökonomischen Analyse des Rechts erhobene Forderung umgesetzt, bei dem Erlass von Gesetzen die Bürokratiekosten zu berücksichtigen. Dieser Nationale Normenkontrollrat ist beim Bundeskanzleramt angesiedelt und besteht aus acht Mitgliedern. Sie haben die Aufgabe, „die Bundesregierung dabei zu unterstützen, die durch Gesetze verursachten Bürokratiekosten durch Anwendung einer standardisierten Bürokratiekostenmessung auf Grundlage des Standardkosten-Modells zu reduzieren (§ 1 II). Zu diesem Zweck sind Kennziffern zu ermitteln, die Aussagen über die Bürokratiekosten zulassen sollen. Das Gesetz nennt etwa „Kosten pro Einheit, Zeit pro einzelner durch das Gesetz ausgelöster Aktivität sowie deren Häufigkeit pro Jahr und Anzahl der betroffenen Unternehmen" (§ 2 II). Eine große Zahl der Juristen

[1] Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates vom 14.8.2006 (BGBl. I 1866).

wird bei solchen Gesetzen Bauchschmerzen bekommen. Was aber ist die Ursache dieser Bauchschmerzen?

Die Ökonomen, insbesondere die Volkswirte, entwerfen nicht selten unter Zugrundelegung von ceteris paribus-clauseln kühne Lösungsmodelle für Problemstellungen in Staat und Gesellschaft, die in der juristischen Würdigung dann auf die knappe Formel "geht nicht" reduziert werden. Das hat uns Juristen im interdisziplinären Dialog den Ruf als "Bremser" und Bedenkenträger eingebracht. Denn die sich hieran oftmals anschließende Replik lautet: "dann muss das Recht eben geändert werden". Diese Vorstellung offenbart allerdings wiederum eine zu simple Auffassung von den normhierarchischen und teleologischen Grundbedingungen des Rechts.

Wenn im Folgenden über "Ökonomische Instrumente im Recht" zu sprechen sein wird, so soll als Referenzfeld das Umweltrecht gewählt werden. Ich möchte einerseits aufzeigen, wie die von Ökonomen entwickelten Konzeptionen sinnvoll in ein juristisches Regelungskonzept, hier in das System des Umweltrechts, integriert werden können und andererseits aber auch benennen, wo die spezifischen Probleme liegen, die mit einer Implementierung solcher Instrumente verbunden sind.

Dementsprechend gliedern sich die Ausführungen in drei Teile: Zunächst sollen kurz die zwischen Juristen und Ökonomen divergierenden Ansätze und Instrumente umweltpolitischer Steuerung skizziert werden. In einem zweiten Schritt wird gezeigt, an welchen Stellen sich die ökonomischen Instrumente in das vorhandene juristische Konzept einpassen lassen. Abschließend geht es dann darum, am Beispiel einzelner Elemente des Rechtsstaatsprinzips aufzuzeigen, wo die rechtlichen Gründe dafür liegen, dass selbst die sinnvollen ökonomischen Instrumente nur zögerlich umgesetzt werden.

1 Die divergierenden umweltpolitischen Konzepte: Gefahrenabwehr und Risikovorsorge versus Mengensteuerung

Den Ausgangspunkt der Betrachtungen bilden die unterschiedlichen umweltpolitischen Konzeptionen von Juristen und Ökonomen.

1.1 Das juristische Konzept: Gefahrenabwehr und Risikovorsorge

Das juristische umweltpolitische Konzept ist traditionell geprägt von den Maximen der Gefahrenabwehr und der Risikovorsorge.

1.1.1 Gefahrenabwehr

Das Umweltrecht ist, soweit man es als einen besonderen Teil des Ordnungsrechts begreift, ein Recht der Gefahrenabwehr. Ziel der gesetzlichen Ausgestaltung ist es, Schäden von den Umweltgütern abzuwenden und damit letztlich auch die Gesundheit und das Leben der Bevölkerung zu schützen. Das traditionelle rechtliche Instrumentarium im Bereich des Ordnungsrechts bilden Ge- und Verbote. Demgemäß findet auch im Umweltrecht eine Verhaltenssteuerung primär durch Verbote statt, seien sie nun als präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt –so z.B. die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung –oder als repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt – so z.B. die wasserrechtliche Bewilligung – ausgestaltet. Kann sich der Verursacher einer Umweltbeeinträchtigung nicht auf eine entsprechende administrative Erlaubnis stützen, ergeht gegen ihn eine Untersagungsverfügung.

Daneben spielen im Umweltrecht auch Planungsinstrumente eine stärkere Rolle als in anderen Rechtsgebieten, doch sollen diese hier ausgeblendet bleiben.

Ziel dieser umweltrechtlichen Maßnahmen ist also im Regelfall die *Gefahrenabwehr,* das bedeutet: Es geht darum, Risiken, bei denen ein Schadenseintritt ohne staatliches Eingreifen "hinreichend wahrscheinlich" bevorsteht, abzuwenden. Die Abwendung des Schadens hat absoluten Vorrang. Für das umweltpolitische Instrumentarium folgt daraus, dass nur sicher wirkende Maßnahmen in Betracht kommen dürfen. Dies sind nach dem ordnungsrechtlichen Modell eben in erster Linie Ge- und Verbote, die besonders zielgenau von einzelnen Adressaten jeweils eine direkte Verhaltensänderung einfordern. Wirtschaftliche Erwägungen haben gegenüber dem Ziel der Gefahrenabwehr grundsätzlich zurückzutreten.[2]

Die Auswahl des jeweils Ordnungspflichtigen erfolgt nach dem sog. Verursacherprinzip, d.h. derjenige, der in eigener Person die Gefahrenschwelle überschreitet, wird zum Adressaten der behördlichen Gegenmaßnahme. Im Umweltrecht bedeutet das z.B., dass sich die Ge- und Verbote an den jeweiligen Emittenten zu richten haben.

1.1.2 Risikovorsorge

Zusätzlich zur Gefahrenabwehr verfolgt das Umweltrecht aber auch das Ziel der Risikovorsorge. Diese setzt bereits unterhalb der Gefahrenschwelle an. Im Sinne der Risikovorsorge müssen "auch solche Schadensereignisse in Betracht gezogen werden, die sich nur deshalb nicht ausschließen lassen, weil nach dem derzeitigen Wissensstand bestimmte Ursachenzusammenhänge weder bejaht noch verneint werden können, daher insoweit noch keine Gefahr, sondern nur ein Gefahrenver-

---

[2] Näher zum Gefahrbegriff *Mann*, in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2007, Rn. 463 ff.

dacht oder ein "Besorgnispotential besteht."[3] Es reicht also aus, wenn ernsthaft Schäden zu befürchten sind.

Diese niedrigere Eingriffsschwelle führt auf Seiten des Adressaten zu einer kompensatorisch wirkenden Belastungsgrenze, die durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Ausdruck kommt. Kurz gesagt: Die Nachteile für die zum Zwecke der Risikovorsorge in Anspruch genommenen Emittenten dürfen nicht erkennbar außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg – der Schadensverhinderung –stehen. Die Vorsorge soll nach Art und Ausmaß proportional zu dem Risikopotential der Immissionen sein, die sie verhindern soll. Im Gegensatz zur Gefahrenabwehr ist die Risikovorsorge also relativ, nämlich vorbehaltlich der Verhältnismäßigkeit von Kosten und Nutzen, zu sehen.

1.2 Das ökonomische Konzept: Mengenvorgaben und Marktmechanismus

Die Umweltökonomie orientiert sich an anderen umweltpolitischen Zielvorstellungen als das Umweltrecht.

1.2.1 Ökonomische Instrumente als Modelle indirekte Steuerung

Im Kern legen die Ökonomen ihren Modellen eine Politik mit Marktmechanismen und Mengenvorgaben zugrunde. Es werden nationale oder regionale quantitative Umweltziele festgesetzt und darauf aufbauend die zulässigen Emissionsmengen der Schadstoffe bestimmt. In einem abschließenden dritten Schritt werden dann die ökonomischen Instrumente so gewählt, dass diese Vorgaben möglichst kostengünstig und innovativ erreicht werden. Es geht dabei mithin weniger um eine Begrenzung von Umweltschäden im konkreten Einzelfall, sondern um die Steuerung der Gesamtverschmutzung innerhalb einer Volkswirtschaft.[4]

Während die Instrumente der juristischen Konzeption eine direkte Einwirkung auf die Verursacher von Umweltbeeinträchtigungen erfordern, verwirklicht die ökonomische Konzeption eine nur indirekte Verhaltenssteuerung. Umweltschutz soll nicht durch gebietenden oder verbietenden Zwang oder Befehl verwirklicht werden, sondern durch indirekte, mittelbare Einwirkung des Staates. Die strikte Determination wird ersetzt durch influenzierende und motivierende Steuerungsinstrumente, die dem Adressaten einen gewissen Entscheidungsspielraum belassen. Anders als bei der direkten Verhaltenssteuerung mittels ordnungsrechtlicher Instrumente, bei der das befehlswidrige Verhalten des Adressaten als rechtswidrig illegalisiert wird, formuliert der Staat gegenüber dem Bürger hierbei also lediglich eine Verhaltenserwartung, wobei aber auch das erwartungswidrige Verhalten rechtmäßig bleibt.

[3] BVerwGE 72, 300 (315).

[4] Vgl. *Cansier*, Umweltökonomie, 2. aufl. 1996, S. 152 ff.

Der Anreiz für den Betroffenen, unter zwei gleichermaßen rechtmäßigen Verhaltensformen das staatlicherseits erwünschte Verhalten zu wählen, wird mit spezifischen ökonomischen Instrumenten erzeugt: Dem Betroffenen wird in Aussicht gestellt, kostenminimierende Realisierungen vornehmen zu können, um so mehr Umweltschutz durch weniger Kosten zu erreichen.

Dieser unterschiedliche Ansatz darf nun nicht zu der Fehlannahme verleiten, ordnungsrechtliche Instrumente würden auf ökonomische Mechanismen vollständig verzichten –man denke etwa nur an ein drohendes Bußgeld bei der Verletzung ordnungsrechtlicher Pflichten.[5] Umgekehrt kann man auch nicht, wie das bisweilen in politischen Erklärungen erfolgt, alle ökonomischen Anreize als "marktwirtschaftliche Instrumente" bezeichnen. Immerhin sind etwa Abgabenlösungen oder Subventionen ja gerade keine Instrumente, die allein auf die Selbststeuerungskräfte des Marktes vertrauen, sondern zumindest Marktbeeinflussungen, wenn nicht sogar Marktstörungen. Aber damit sind wir bereits bei zwei Unterfällen angelangt, die in der Literatur zu den ökonomischen Instrumenten gezählt werden. Das führt zu der Frage, welche Handlungsformen konkret unter den Begriff der "ökonomischen Instrumente" subsumiert werden.

1.2.2 Einzelne ökonomische Instrumente

In einem allgemeinen Überblick lassen sich fünf Varianten ökonomischer Instrumente unterscheiden:[6] Die Gewährung von Benutzungsvorteilen, Direkte und indirekte Subventionen, Umweltabgaben, Zertifikatslösungen und Kompensationslösungen.

- Gewährung von Benutzungsvorteilen

Die erste Möglichkeit, die Gewährung von Benutzungsvorteilen, hat zum Inhalt, dass die freiwillige "Übererfüllung" eines Umweltschutzstandards belohnt wird. Dies geschieht in der Weise, dass allgemein angeordnete Beschränkungen, die hinsichtlich der Verwendung umweltbelastender Produkte bestehen, für solche Produkte gelockert werden, die bestimmten gesetzlich nicht zwingend vorgeschriebenen, aber als wünschenswert deklarierten Beschaffenheitsanforderungen entsprechen, etwa weil sie ein höheres Maß an Umweltverträglichkeit aufweisen, als andere Produkte derselben Art. Der wirtschaftliche Anreiz ist in diesem Fall kein finanzieller, sondern ein naturaler, aber ebenfalls geldwerter Vorteil, der zu einem veränderten Kaufverhalten führen soll, von dem man sich langfristig eine Verdrängung der stärker umweltbelastenden Produkte vom Markt erhofft.

Dieser ökonomische Ansatz ist teilweise auch bereits in Rechtsvorschriften verwirklicht. So gewährt etwa eine zum LuftVG ergangene VO für Leichtflugzeuge

[5] Darauf hat *Kloepfer*, in: Wagner (Hrsg.), Unternehmung und ökologische Umwelt, 1990, S. 241 (243) hingewiesen.

[6] Vgl. die ausführliche Behandlung bei *Wicke*, Umweltökonomie, 4. Aufl. 1993, S. 195 ff.

und Motorsegler Ausnahmen von den ansonsten geltenden zeitlichen Flugverbotsregeln, wenn die Flugzeuge erhöhten Schallschutzanforderungen entsprechen.[7]

Eine Gewährung von Benutzungsvorteilen ist letztlich nicht sonderlich problematisch und soll daher im Folgenden ausgeblendet bleiben.

- Direkte und indirekte Subventionen

Gleiches gilt für Subventionen, also für die finanziellen Vorteile, die der Staat an Private gewährt, um diese zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, das im öffentlichen Interesse liegt. Solche Subventionen, die zum klassischen Arsenal des Wirtschaftsverwaltungsrechts gehören,[8] finden auch im Bereich des Umweltrechts Anwendung, sei es als Leistungssubventionen oder als Verschonungssubventionen, wie etwa Steuervergünstigungen oder Gebührenentlastungen bei umweltschonendem Verhalten.[9]

Auch bei solchen Subventionen steht es dem potentiellen Empfänger frei, sich weiterhin stärker umweltbelastend zu verhalten oder sein Verhalten so zu verändern, dass er in den Genuss der Subvention gelangt. Auch in ersten Fall wird sein Verhalten nicht rechtswidrig, da die Rechtsordnung beide Entscheidungsmöglichkeiten als grundsätzlich zulässig erachtet.

- Umweltabgaben

Das Gegenstück zu den Subventionen bilden die Umweltabgaben, die umweltbelastende Produkte oder Verhaltensweisen mit einer Abgabe belegen. Damit soll insbesondere eine Internalisierung externer Kosten erreicht und auf diese Weise ein Anreiz zur Vermeidung von Umweltbelastungen geschaffen werden.[10]

Während früher eher der umweltpolitische Lenkungseffekt von Umweltabgaben im Mittelpunkt des Interesses stand, ist nicht zu übersehen, dass mit der zunehmenden Finanzknappheit öffentlicher Kassen gerade auch der Finanzierungszweck zum Gegenstand der politischen Begierde geworden ist. Immerhin ist es heute finanzpsychologisch sicherlich leichter, neue Umweltabgaben als neue allgemeine Steuern durchzusetzen – hierfür ist die sog. Ökosteuer[11] ein prominentes Beispiel aus den letzten Jahren. Die Befürchtung liegt nicht fern, dass mit dem scheinbar so marktwirtschaftlichen Instrument der Umweltabgabe die Staatsquote insgesamt weiter vergrößert wird. Aber auch das ist ein anderes Thema.

---

[7] Vgl. § 4 der Landeplatz-Lärmschutzverordnung vom 5.1.1999 (BGBL. I S. 39).

[8] Siehe im Überblick etwa *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, Rn. 509 ff.; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2007, S. 68 ff.

[9] Dazu *Erbguth/Schlacke,* Umweltrecht, 2005, § 5 Rn. 85 ff.

[10] Näher dazu *Wicke*, Umweltökonomie, 4. Aufl. 1993, S. 395 ff..

[11] Vgl. das Gesetz zum einstieg in die ökologische Steuerreform vom 24.3.1999 (BGBl. I S. 378) und das Gesetz zur Fortführung der Ökologischen Steuerreform vom 16.12.1999 (BGBl. I S. 2432).

- Kompensationslösungen

Spannend wird es bei den sog. Kompensationslösungen. Diese knüpfen an das ordnungsrechtliche Instrumentarium an und erweitern es um eine ökonomische Facette: Soweit nach bisherigem Immissionsschutzrecht dem Einzelnen eine auf eine bestimmte Anlage bezogene Genehmigung erteilt wird, führt eine Stilllegung dieser Anlage zum Erlöschen der Genehmigung. An diesem Punkt setzen die Kompensationsmodelle an, die eine Übertragung einer solchen Genehmigung auf eine andere Anlage desselben oder eines anderen Betreibers erlauben wollen. Die Erteilung einer Genehmigung wird aus ökonomischer Sicht als Gewährung einer auf eine bestimmte Schadstoffmenge bezogenen Emissionsberechtigung verstanden, die frei übertragbar sein soll. Auf diese Weise erhofft man sich, den Unternehmen innerhalb des ordnungsrechtlichen Rahmens nach marktwirtschaftlichen Kriterien Entscheidungsspielräume für Umweltschutzmaßnahmen eröffnen zu können. Für den Anlagenbetreiber besteht ein Anreiz, seine Emissionen weiter zu senken, wenn die erforderlichen Kosten geringer sind als der Preis, den er bei der nun möglichen Veräußerung von Teilen seiner Emissionsberechtigung erzielen kann.

- Zertifikatslösungen

Das Zertifikatsmodell schließlich, das auf den Nobelpreisträger Ronald Coase zurückgeht und bei der Idee der sog. Nutzungsrechte (property rights) anknüpft, geht über das Kompensationsmodell noch insoweit hinaus, als es sich nicht mehr am bestehenden ordnungsrechtlichen Instrumentarium orientiert, sondern dieses ersetzen will, indem es Umweltschutz ausschließlich mit der Steuerung der Belastungsmengen zu erreichen sucht.

Bei der Zertifikatslösung muss zunächst eine höchstzulässige Gesamtemissionsmenge festgelegt werden, die danach in Emissionslizenzen aufgeteilt und einzelnen Emittenten zugeordnet wird. Die Zertifikate, die ein verbrieftes Recht auf die Emission von Schadstoffen darstellen, sollen als Wertpapiere an einer spezifischen Börse frei handelbar sein. Ehemals freie Umweltgüter sollen auf diese Weise einen auf Angebot und Nachfrage basierenden Preis erhalten, der eine optimale Allokation dieser dann knappen und nur aufgrund von Zertifikaten in Anspruch zu nehmenden Ressource möglich macht.

Jeder Emittent darf nur so viel an Schadstoffen ausstoßen, wie er durch Zertifikate im Wege der Erstzuteilung oder eines Erwerbs auf dem Markt abdecken kann. Eine Verbesserung der Umweltsituation insgesamt ergibt sich aus dem Einbau besonderer Mechanismen, namentlich indem der Staat die Zertifikate kontinuierlich entwertet oder ihre Gesamtzahl graduell reduziert, um die Luftqualität schrittweise zu verbessern. Beschränkt auf den Bereich des CO^2-Ausstoßes ist

dieser Ansatz in Umsetzung des Kyoto-Protokolls[12] vor wenigen Jahren in die europäische Rechtspraxis[13] übernommen worden.

2 Der Spielraum für ökonomische Instrumente innerhalb des juristischen Regelungskonzeptes

Wie lassen sich nun diese ökonomischen Instrumente, die doch auf einer ganz anderen Konzeption beruhen, in das von Gefahrenabwehr und Risikovorsorge gekennzeichnete juristische Regulierungskonzept einbauen?

2.1 Ökonomische Instrumente und Gefahrenabwehr

Der Platz für ökonomische Instrumente im Recht der Gefahrenabwehr muss dort gesucht werden, wo die Schwächen des Gefahrenabwehrkonzepts auszumachen sind. Zur Erinnerung: Bei der Gefahrenabwehr geht es darum, Risiken abzuwenden, bei denen ein Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich ist, und zwar durch Ge- oder Verbote an denjenigen, der für die Gefahr verantwortlich ist. Ausgangspunkt der Kausalitätsprüfung bei der Gefahrenabwehr ist mithin immer der einzelne Emittent. Ihm muss objektiv nachgewiesen werden können, dass er eine Gefahr heraufbeschwört.

Dieser Kausalitätsnachweis ist im Umweltrecht mitunter aber nur schwer zu führen: Insbesondere bei Schadstoffen, die sich erst in der Menge vieler Emissionen räumlich und zeitlich nachteilig auswirken, also bei sog. Summations- und Akkumulationsschäden, greifen die ordnungsrechtlichen Vorstellungen von Kausalität zu kurz. Der einzelne Emittent ist zu klein, um messbar ein Umweltproblem hervorzurufen oder verschärfen zu können. Ob bei einer bestimmten Umweltbeeinträchtigung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein erheblicher Schaden entsteht, lässt sich hier nur aus der Gesamtperspektive aller Emissionen beurteilen.

Das konventionelle ordnungsrechtliche Gefahrenabwehrkonzept ist für die Erfassung dieser Art von Umweltverschmutzungen ungeeignet. Weil die Kausalität etwa beim Ferntransport von Luftschadstoffen einer einzelnen Anlage nicht hinreichend wahrscheinlich zugeordnet werden kann, weist die Rechtsprechung solche Summations- und Akkumulationsschäden daher dem Bereich der Risikovorsorge

[12] Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 11.12.1997 (BGBl. II 1993, S.1784).

[13] Vgl. die Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft vom 13.10.2003 (ABlEG Nr. L 275/32) – sog. Emissionshandelsrichtlinie – und für die Umsetzung in Deutschland das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) vom 8.7.2004 (BGBl. I S. 1578), geänd. durch G. v. 21.7.2004 (BGBl. I S. 1756) sowie das Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005-2007 (ZuG 2007) vom 26.8.2004 (BGBl. I S. 2211). Zum Ganzen *Hohmuth*, Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht, 2006 (zugl. iur. Diss. Göttingen 2005).

zu.[14] Diesen Gefahren wird daher mit einem anderen Instrumentarium begegnet, auf das noch zurückzukommen sein wird. An dieser Stelle ist entscheidend, dass die Rechtsprechung die Gefahrenabwehr auf den Bereich der Nachbarschaftsexternalitäten verengt, weil eine hinreichend wahrscheinliche Gefahrenprognose nicht möglich ist.

Ein solches Vorgehen ist naturwissenschaftlich nicht ganz seriös, denn wenn man die Summe der Emissionen im Auge hat, kann man sehr wohl abschätzen, ob eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit besteht. Der Naturwissenschaftler würde etwa das Problem des Treibhauseffekts sicherlich dem Bereich der Gefahrenabwehr zuordnen, weil unsere Kollegen aus den sogenannten "exakten" Wissenschaften mit hoher Wahrscheinlichkeit katastrophale Klimaveränderungen mit sehr hohen Schäden voraussagen, wenn die Emission der Treibhausgase unvermindert anhält.

Wenn aber die Risiken von Summations- und Akkumulationsschäden aus der Sicht der Gesamtemissionen beurteilt werden müssen, verlangt auch die rechtliche Reaktion hierauf eine Steuerung der Gesamtemissionen. Und für diesen Zweck kommen dann ökonomische Instrumente in Betracht. Im Interesse ökologischer Treffsicherheit erscheinen die Zertifikatsmodelle hierfür sogar besonders geeignet, sofern es tatsächlich gelingt, einen funktionierenden Markt zu etablieren. Von daher halte ich die Idee des Kyoto-Protokolls, den Treibhausgasen durch eine globale Zertifikatslösung zu begegnen, und deren Umsetzung durch die nationale Allokation von Emissionslizenzen, den sog. Emissionsrechtehandel, auch für einen sinnvollen Ansatz.

Fazit insoweit: Das juristische Konzept der Gefahrenabwehr schließt den Einsatz ökonomischer Instrumente nicht aus.[15] Das gilt insbesondere für großräumige und zeitlich gestreckte Summations- und Akkumulationsschäden, denen mit einer Zertifikatslösung angemessen begegnet werden kann. Ob darüber hinaus die gegenwärtig unter dem Signum der Risikovorsorge praktizierten einheitlichen Emissionsgrenzwerte wirklich zielgenauer sind, als etwa Abgabenlösungen, die für einzelne Emissionsquellen differenzierte Lösungen zulassen, erscheint zudem ebenfalls noch nicht ausgemacht.

2.2 Ökonomische Instrumente und Risikovorsorge

Inwieweit ökonomische Instrumente darüber hinaus im Bereich der Risikovorsorge zum Ansatz gebracht werden können, muss wiederum vor dem Hintergrund der Konzeption der Risikovorsorge untersucht werden.

Eingangs konnte aufgezeigt werden, dass die Risikovorsorge anders als die Gefahrenabwehr der Umsetzung des allgemeinen umweltrechtlichen Vorsorge-

[14] BVerwGE 69, 37 (44 f.).

[15] In der Tendenz ebenfalls optimistisch *Helberg*, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 2002, § 3 Rn. 140 f.; kritischer hingegen *Hoppe/Beckmann/Kauch*, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 9 Rn. 3.

prinzips dient. Risikovorsorge soll bereits bei der niedrigeren Eingriffsschwelle des bloßen Gefahrenverdachts betrieben werden. Die Absenkung der Eintrittswahrscheinlichkeitsschwelle von Schäden wird auf der Eingriffsseite flankiert durch die Berücksichtigung von Verhältnismäßigkeitserwägungen, die insbesondere eine Berücksichtigung der Kosten-Nutzen-Relation zulassen. Die Konzepte von Recht und Ökonomie gehen hier also viel mehr konform als im Bereich der Gefahrenabwehr.

Im juristischen Schrifttum wird allerdings auf die Schwierigkeiten der praktischen Durchführung des Postulats der risikoproportionalen Gefahrenvermeidung hingewiesen. Eine Aussage darüber, ob der verfolgte Zweck die mit den Mitteln verbundenen Folgen rechtfertigt, erfordere eine umfassende Gewichtung des Sicherheitsgewinns und der damit verbundenen Einschränkungen für die betroffenen Rechtsgüter. Genau dies drücken auch die Ökonomen aus, wenn sie von den Schwierigkeiten einer Quantifizierung der Nutzen und Kosten des Umweltschutzes sprechen und Optimalstandards für nicht praktikabel halten.

Bei der Umsetzung der Vorsorgeidee nimmt das Umweltrecht aber nun eine folgenreiche Einschränkung vor. Angesichts der genannten Unwägbarkeiten hat sich der Gesetzgeber für eine technisch orientierte Vorsorgestrategie entschieden. Risikovorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen wird primär durch den Verweis auf technische Standards getroffen, die je nach dem in Frage stehenden Gefährdungspotential abgestufte Voraussetzungen aufstellen. Mit Formeln wie „Stand der Technik" oder „Stand von Wissenschaft und Technik" wird versucht auf den jeweils aktuellen Fundus technisch-naturwissenschaftlicher Problemlösungen Bezug zu nehmen, ohne dafür ständig die Rechtsvorschriften ändern zu müssen.[16]

Das Problem an diesem Ansatz ist allerdings, dass diese allein technisch orientierte Vorsorgestrategie keine genaue Steuerung der Umweltbelastungen erreichen kann. Die Entwicklung der Umweltgefährdungen, etwa die Entwicklung der Emissionen, ist nämlich nicht nur eine monokausale Funktion der Technik, sondern hängt auch von anderen Faktoren, etwa dem Wirtschaftswachstum, ab. Selbst bei strikter Befolgung aller Technikregeln kann es sehr wohl zu einem Anstieg der Umweltbelastungen und damit letztlich zu einer Realisierung der Umweltgefahr kommen. Das ist im Emissionsbereich etwa dann der Fall, wenn es bei einem raschen quantitativen Wirtschaftswachstum zu einer beständigen Zunahme der Gesamtemissionen kommt.[17]

Vor diesem Hintergrund erscheint erneut wieder das Zertifikatsmodell als eine sinnvolle Ergänzung der technischen Vorsorgestrategie, weil es eine systematische Gesamtemissionssteuerung bewirkt. Es vermag dem Präventionsmodell besser zu entsprechen, weil es direkt an den Umweltbelastungen und nicht an einer ent-

[16] Vgl. BVerfGE 49, 89 (135 f.); im Überblick *Mann*, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2003, S. 7 ff.; *Koch*, Die „beste verfügbare Technik" im Umweltrecht, 2006 (zugl. iur. Diss Göttingen 2005), S. 37 ff.

[17] So der Einwand von *Cansier*, NVwZ 1994, 642 (645 f.).

fernten Indikatorgröße wie der Vermeidungstechnik ansetzt. Errichtung und Betrieb von Emissionsquellen würden weiterhin dem Genehmigungsverfahren unterliegen, bei dem auf die Anwendung fortschrittlicher Technologien zu achten ist. Die Verwaltung wäre danach aber davon befreit, die Betriebe daraufhin zu kontrollieren, ob sie eine kontinuierliche Nachbesserung der Technik, wie sie die heutigen Technikklauseln verlangen, auch tatsächlich durchführen, denn das zulässige Emissionsverhalten wird allein über die Fungibilität der Zertifikate gesteuert.

Ob sich beim Zertifikatsmodell geringere Emissionen einstellen, als bei dem traditionellen Modell der Technikstandards, kann nur vermutet werden. Sicher aber ist, dass das ökonomische Instrumentarium der Zertifikate – gleiches gilt auch für Abgaben – den Einsatz nicht nur von end of the pipe-Technologien zur Emissionsbegrenzung befördern, wie es die Technikstandards bezwecken, sondern darüber hinaus auch einen Impuls zur Entwicklung von emissionsarmen Produktionstechniken geben. Nicht nur im System der Gefahrenabwehr, sondern auch im Bereich der Risikovorsorge lassen sich folglich ökonomische Instrumente, insbesondere das scheinbar völlig anders geartete Zertifikatsmodell, in das rechtliche Regelungsgeflecht sinnvoll integrieren.

3 Rechtsstaatlich motivierte Vorbehalte gegenüber den ökonomischen Instrumenten

Warum aber kommt es bislang nicht zur stärkeren Einbindung dieser ökonomischen Instrumente in die Rechtsordnung?

Insoweit kommen wieder die Juristen als Bremser ins Spiel: Ähnlich einer Gewebeverpflanzung in der Medizin ist juristisch zu überlegen, ob es trotz der Sinnhaftigkeit ökonomischer Instrumente nicht auch zu einer Abstoßung der vorgeschlagenen ökonomischen Implantate durch die Rechtsordnung insgesamt kommen kann. Insoweit sind es vor allem einzelne Aspekte des Rechtsstaatsprinzips, welche mit Blick auf die ökonomischen Steuerungsinstrumente zu Friktionen führen, die eine Rezeptionsentscheidung für die Juristen problematisch machen.

3.1 Gewaltenteilung

So kann etwa aus dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung bemängelt werden, dass die Einführung ökonomischer Instrumente zu einer Verlagerung von Entscheidungen der Exekutive auf die Legislative führe. An die Stellung der von der Verwaltung kontrollierbaren klaren Alternative "erlaubt" oder "verboten", trete als konturenschwächere Alternative die vom Gesetzgeber eröffnete Alternative "erwünscht" oder "unerwünscht". Dies führe zu einer tendenziellen Zurücknahme der

Verwaltungstätigkeit, insbesondere von Verwaltungseinzelentscheidungen zugunsten eines mehr oder weniger freien Spiels der Marktkräfte.[18]

Das kann aber letztlich kein durchschlagendes Argument gegen einen Einsatz ökonomischer Instrumente sein, da der Aspekt der Gewaltenteilung im Grundgesetz nicht so zu verstehen ist, dass der Verwaltung in allen Rechtsbereichen ein eigenes Entscheidungsrecht verbleiben muss. Der Grundsatz wäre nur dann verletzt, wenn der Gesetzgeber die Vornahme von konkret-individuellen Entscheidungen an sich ziehen würde. Soweit er aber durch die Einführung etwa eines Zertifikatmodells nur die allgemeinen Rahmenvorgaben für die Etablierung eines Systems frei handelbarer Nutzungsrechte setzt, wird er genau in dem ihm vom Grundgesetz übertragenen Bereich abstrakt-genereller Rechtsetzung tätig und greift nicht auf ein "Hausgut" der Verwaltung über.

3.2 Vorbehalt des Gesetzes

Auch ist die Überlegung, dass im Bereich der ökonomischen Instrumente der Vorbehalt des Gesetzes ausgeschaltet sei, ist nicht richtig. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes verlangt, dass die Verwaltung jedenfalls für belastende Eingriffe gegenüber den Bürgern einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.[19]

Bei den Umweltabgaben entstehen offensichtlich keine Abschwächungen; die Abgabenerhebung ist mit Eingriffen in die Freiheitsrechte des Bürgers verbunden und kann nur auf gesetzlicher Basis erfolgen. Bei den Kompensationslösungen, die eine Übertragbarkeit von Emissionsbefugnissen aus Genehmigungen vorsehen, ist der Vorbehalt des Gesetzes ebenfalls gewahrt, da die Genehmigungsbedürftigkeit als Eingriff in jedem Fall auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen muss und die Entscheidung über die Verkehrsfähigkeit der Genehmigungen als an die Genehmigung anknüpfende Modifikation ebenfalls einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Die Einrichtung eines Marktes für Zertifikate schließlich ist zwar losgelöst von einem Genehmigungserfordernis, setzt aber notwendigerweise voraus, dass Emissionen, die nicht durch ein Zertifikat gedeckt sind, ausgeschlossen sein müssen. Da hier anders als bei anderen Ressourcen die Knappheit gerade nicht naturgegeben ist, sondern zum Zwecke der Simulation von Marktvoraussetzungen künstlich herbeigeführt werden muss, kann dies insoweit auch nur durch ein Verbot unzertifizierter Emissionen erreicht werden. Ein solches stellt aber zweifellos einen Eingriff in vermögenswerte subjektive Rechte dar und unterliegt dann auch dem Vorbehalt des Gesetzes.

---

[18] *Kloepfer*, in: Wagner (Hrsg.), Unternehmung und ökologische Umwelt, 1990, S. 241 (248).

[19] Näher *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. aufl. 2004, § 26 Rn. 63 ff.

3.3 Gleichheitssatz

Rechtsstaatliche Bedenken gegen ökonomische Instrumente könnten auch mit Blick auf den Gleichheitssatz artikuliert werden. Hintergrund ist die Überlegung, dass der finanziell stärkere Adressat sich leichter den mit ökonomischen Instrumenten verbundenen Verhaltenserwartungen des Gesetzgebers entziehen kann, als es finanzschwächere Adressaten könnte. Insbesondere in Ansehung von Umweltabgaben ließe sich darin eine Ungleichbehandlung von die Umwelt gleichermaßen belastenden Personen allein auf Grund ihrer unterschiedlichen finanziellen Leistungsfähigkeit sehen.

Eine solche Sichtweise verkennt jedoch, dass zwischen dem gesetzgeberischen Ziel der Minderung von Umweltbelastungen und der dem finanziell Leistungsfähigeren individuell leichteren Entziehbarkeit gegenüber diesem Ziel kein formeller Differenzierungszusammenhang besteht. Die unterschiedliche Leistungsfähigkeit ist ein Faktum, das außerhalb der gesetzlichen Regelung besteht. Umweltabgaben etwa knüpfen an ein gleichartiges Verhalten – Umweltverschmutzung, Ressourcenverbrauch – eine immer identische Rechtsfolge, nämlich Abgabenpflichtigkeit in einer für alle gleich festgelegten Höhe. Wesentlich Gleiches wird also vom Gesetz gleich behandelt, ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG liegt mithin nicht vor.

3.4 Rechtsschutz

Ernster zu nehmen sind hingegen die Bedenken, die an die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG anknüpfen. Diese ist durch die ökonomischen Instrumente gleich in doppelter Weise herausgefordert: Zum einen durch den raffinierten Einbau halber Freiwilligkeit in ihr Hinwirkensinstrumentarium und zum anderen durch die Ersetzung administrativer Entscheidungen durch indirekt steuernde Normen.[20]

3.4.1 Die Freiwilligkeitsproblematik

Da ökonomische Instrumente nicht gebieten oder verbieten, sondern dem Bürger anreizend oder hemmend Handlungsmöglichkeiten zwischen zwei gleichermaßen rechtmäßigen Verhaltensalternativen belassen, scheint – jedenfalls formell – seine Entscheidung freiwillig zu sein. Dies ist unter dem Aspekt der Rechtsschutzgarantie relevant, da die eigene Entscheidung des Bürgers schwerlich, selbst wenn der Staat auf sie hingewirkt hat, als staatlicher Eingriff verstanden werden kann, gegen den Rechtsschutz gewährt werden könnte. Es wäre letztlich Rechtsschutz gegen sich selbst. Anders als gegen einen Verwaltungsbescheid, der das Gebot enthält, die Abwassereinleitungen zu verringern, kann derjenige, der seine Ab-

[20] Vgl. zum Folgenden *Kloepfer*, in: Wagner (Hrsg.), Unternehmung und ökologische Umwelt, 1990, S. 241 (250 ff.).

wassereinleitungen freiwillig verringert, um damit seine Abwasserabgabenbelastung zu reduzieren, gegen seine eigene Abwasserverminderung nicht klagen.

Diese Rechtsschutzausdünnung könnte nun hingenommen werden, wenn es sich wirklich um freiwillige Handlungen der Normadressaten handeln würde. Gerade darin liegt aber das Problem: Viele der Entscheidungen beruhen auf einem erheblichen Druck des Staates, der regelmäßig zu verstehen gibt, er werde einseitig sehr viel einschneidendere Regelungen erlassen, falls der Bürger sich nicht wunschgemäß verhalte. Auch der politische Druck, der von einer staatlich beeinflussten öffentlichen Meinung ausgehen kann oder der wirtschaftliche Anpassungsdruck, der bis zur Grenze eines ökonomisch unentziehbaren Zwangs gehen und dann eingriffsgleich wirken kann, verdeutlichen das Problem des „freiwilligen Zwangs". Spätestens, wenn durch ökonomische Instrumente bei nur noch formaler Freiwilligkeit ein solcher eingriffsgleicher Zwang entsteht und derartige Eingriffsformen trotz formaler Freiwilligkeit nicht wie rechtsschutzbegründende Eingriffe behandelt würden, wird man davon auszugehen müssen, dass die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG formenmissbräuchlich ausgehebelt wird.

Nun sind jedoch solche Fälle "freiwilligen Zwangs" im Sinne ökonomischer Unentziehbarkeit natürlich nicht der Regelfall ökonomischer Instrumente. Das bedeutet umgekehrt freilich nicht, dass außerhalb der Ausnahmefälle eingriffsgleichen freiwilligen Zwangs ökonomische Instrumente stets auf (materiell) freiwillige Entscheidungen zielen würden. Den typischen Anwendungsfall ökonomischer Instrumente dürften wohl die "halbfreiwilligen" Entscheidungen bilden. Und hier genau stellt sich das entscheidende Problem: Die lediglich influenzierende Einwirkung auf die Motivation kann schwerlich als rechtsschutzauslösender "Eingriff" qualifiziert werden, wenn und weil dem Betroffenen ein hinreichender faktischer Entscheidungsraum verbleibt.[21]

Da das deutsche System der Verwaltungsgerichtsbarkeit primär auf eine Abwehr von Verboten und Geboten ausgerichtet ist, verbleibt bei ökonomischen Instrumenten nur noch ein Ausweichen auf die rechtswahrende Abwehr der einer Beeinflussung nachgeschalteten "harten" Eingriffe, z.B. gegen Abgabenbescheide oder gegen Untersagungsverfügungen bei Einleitungen ohne Zertifikat. Wenn man hingegen die Beeinflussung als solche angreifen will, bleibt allein der Rechtsschutz gegen die Normen, auf denen die ökonomischen Instrumente beruhen.

3.4.2 Rechtsschutz gegen Normen

Ein solcher Rechtsschutz gegen Normen ist nach unserem Verwaltungsprozessrecht jedoch sehr viel schwächer ausgeprägt, als der Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte. Dies wird besonders deutlich, wenn man die zur Erlangung

---

[21] So im Ergebnis auch *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen, 2000, S. 226 f.

effektiven Rechtsschutzes oft notwendige Möglichkeit eines vorläufigen Rechtsschutzes in die Betrachtung mit einbezieht.[22]

Bei der Schwächung des Rechtsschutzes ergibt sich ein Gefälle von den Kompensationsmodellen über die Umweltabgaben hin zu den Zertifikatsmodellen. Bei dem Kompensationsmodell bleibt die aus dem geltenden Umweltrecht stammende Genehmigung erhalten, die dann in einer Nebenbestimmung die Reichweite der Kompensationswirkung verbindlich festschreibt. Es existiert also eine Verwaltungsentscheidung, an die der verwaltungsprozessuale Rechtsschutz anknüpfen kann, etwa wenn eine Kompensation nicht so weitgehend anerkannt wird, wie es der Adressat gerne möchte.

Bei den Umweltabgaben vollzieht der Abgabenbescheid der Verwaltung nur noch diejenige Entscheidung nach, die vom Abgabenschuldner vorher unter dem Druck der Abgabensanktion getroffen wurde. Im Ergebnis muss also die Norm, durch welche die Abgabenpflicht begründet wird und die mit der Festlegung der Abgabenhöhe indirekt ein Verhaltens"gebot" enthält, angegriffen werden. Soweit diese Festlegung wegen des Parlamentsvorbehalts nur durch eine gesetzliche Regelung möglich ist, steht als Rechtsbehelf nur die Verfassungsbeschwerde zur Verfügung, die binnen eines Jahres nach Erlass des Abgabengesetzes zu erheben ist.

Eine noch weitere Zurückdrängung des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes ist mit dem Zertifikatsmodell verbunden. Die Verwaltung prüft hier lediglich, ob der Betroffene die Grenze seiner über den Zertifikatsmarkt erworbenen Berechtigung einhält. Lediglich bei Überschreiten der aufgrund der Zertifikate zulässigen Emissionen wird die Verwaltung gegen den Betroffenen vorgehen und hierbei auf die traditionellen verwaltungsrechtlichen Mittel zurückgreifen. Gegen die den Zertifikatsmarkt konstituierenden Vorschriften und gegen die gesetzliche Ausgestaltung der Abwertungsautomatik, bleibt ebenfalls nur der Weg über eine Verfassungsbeschwerde bzw. –bei den unter dem Rang eines Gesetzes stehenden Vorschriften –die prinzipale Normenkontrolle. Die bei Zertifikatsmodellen entscheidende Festlegung der Emissionsgesamtmengen wird bei Zertifikatsmodellen in der Regel nur inzident überprüfbar sein.

3.4.3 Rechtsschutz Dritter

Die vorbezeichneten rechtsstaatlichen Bedenken, die auf einer faktischen Schwächung des Rechtsschutzes der Betroffenen fußen, können allerdings relativiert werden, weil mit den ökonomischen Instrumenten – jedenfalls regelmäßig – eine verminderte Eingriffsintensität in die Freiheitssphäre der Betroffenen zu verzeichnen ist. Immerhin verbleibt den Betroffenen im Regelfall noch ein Entscheidungskorridor dahingehend, auf welche Weise sie die Verwirklichung des vom Staat vorgegebenen Zieles anstreben wollen.

[22] Vgl. im Überblick *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, 2. aufl. 2006, S. 165 ff.

Problematischer wird es nun allerdings, wenn man sich die Möglichkeiten für einen Rechtsschutz Dritter überlegt. Das Interesse des Dritten wird anders als das des Adressaten ökonomischer Instrumente in der Regel auf Umweltentlastung gerichtet sein. Der Dritte wird also entweder die staatliche Zielvorgabe mit der Begründung angreifen, dass sie nicht weit genug gehe, oder aber die mangelnde Durchsetzung dieser Zielvorgabe angreifen. Was für den Adressaten ökonomischer Instrumente eine Erweiterung seiner Freiheitssphäre ist, nämlich die Einräumung einer Wahlmöglichkeit zwischen Verhaltensalternativen, bedeutet für den Dritten, dass ihm die Möglichkeit genommen wird, mit öffentlich-rechtlichen Mitteln eine bestimmte Alternative durchzusetzen bzw. anzugreifen.[23]

Kann etwa ein Nachbar einer stark emittierenden Anlage nach dem üblichen Regelungsmuster im Umweltrecht gegen den Verwaltungsakt, der dem benachbarten Anlagenbetreiber ein umweltschädigendes Verhalten erlaubt – also etwa gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung – klagen, so ist ihm das bei einem Kompensations- oder Zertifikatsmodell nur schwer möglich. Dass per saldo die Umweltbelastung durch ökonomische Mittel verbessert wird, dürfte ihn dabei nur wenig trösten. Denn es berührt ihn nicht, wenn ein weit entfernt liegender Emittent deutlich unter den Grenzwerten bleibt, während gleichzeitig aufgrund der Kompensation der Emittent vor seiner Haustüre wegen hoher Vermeidungskosten die Grenzwerte weiter überschreiten darf.[24]

4 Fazit

Dieser – zugegeben: recht kursorische – Überblick über die rechtsstaatlichen Probleme hat aufzeigen können, weshalb einer Umsetzung ökonomischer Instrumente in das Recht mit Vorbehalten begegnet wird. Dabei ist jedoch festzuhalten, dass diese Zurückhaltung nicht zwingend verfassungsrechtlich geboten ist. Insbesondere eine Verschlechterung der Rechtsschutzmöglichkeiten bei der Umsetzung neuer legislativer Steuerungskonzepte begründet noch nicht unmittelbar den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit. Immerhin bleiben Rechtsschutzmöglichkeiten erhalten, nur verlagern sich diese auf ein früheres Stadium, soweit sie sich nicht mehr gegen Verwaltungsentscheidungen richten können, sondern bereits die gesetzgeberische Weichenstellung angreifen müssen.

Eine Aufgabe der Rechtswissenschaft liegt nun darin, die Rezeption derartiger ökonomischen Modelle durch die Rechtsordnung kritisch zu begleiten und Lösungsmodelle zu entwickeln, um den aufgezeigten Schwachstellen entgegenwirken können. Anders als bei der Rezeption von Rechtsinstituten aus anderen Rechtsordnungen bedarf die interdisziplinäre Rezeption ökonomischer Modelle also ne-

[23] Zu dem vergleichbaren Problem des verengten Drittschutzes in den Fällen genehmigungsfreier Wohngebäude vgl. *Mann*, in: Hendler/Ibler/Martínez-Soria, Festschrift Götz, 2005, S. 465 (476 ff.).

[24] In diesem Sinne bereits *Kloepfer*, JZ 1991, 737 (743).

ben der Transplantation und Verheilung der Operationsnarben in der Regel auch immer noch einer längeren begleitenden Wundbehandlung.

E. Rezeption und Reform im Strafrecht und Strafprozessrecht

Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg
Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre

Keiichi Yamanaka

1 Einleitung

In meinem Referat ist zu erörtern, inwiefern die japanische Strafrechtsdogmatik die deutsche Strafrechtsdogmatik rezipiert hat bzw. von ihr abgewichen ist. Ich tue das von den folgenden drei Perspektiven aus:

Erstens ist auf eine grundsätzliche Erkenntnis über den Grund für die Abweichung von der deutschen in der japanischen Strafrechtsdogmatik aufmerksam zu machen. Die Abweichung ist im allgemeinen beim rezipierenden Rechtssystem zwangsläufig. Sie bedeutet, dass die deutsche Theorie notwendiger Weise in Japan modifiziert werden und in dem anderen Kontext ihre eigene Funktion haben muss. In der japanischen Strafrechtswissenschaft lässt sich erkennen, dass der Sinn der Rezeption der deutschen Theorie heutzutage nicht einfach erklärbar ist. Die deutschen Theorien und Entscheidungen sind einerseits sehr bekannt und es gibt fast gemeinsame Vorkenntnisse in der japanischen Wissenschaft. Aber andererseits gelten heute nur noch wenige deutsche Theorien als die herrschende Meinung. Diese Diskrepanz zwischen der theoretischen Erkenntnis und der in der Wirklichkeit zu verwendenden Theorie ist der Schlüssel zur Erklärung des ständigen Einflusses von der deutschen auf die japanische Strafrechtsdogmatik.

Zweitens ist der Einfluss der deutschen Theorien auf japanische in den konkreten Entwicklungsprozessen der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg zu exemplifizieren.

Drittens sind einige wichtige Kategorien im Straftatenaufbau in der japanischen Lehre zu prüfen, wie sie auf die deutschen Theorien bezogen sind. Diese letzte Aufgabe lässt sich in diesem begrenzten Rahmen nicht genügend erfüllen. Deswegen gebe ich in diesem Referat bloß einfache Beispiele in den einzelnen Gebieten.

2 Formen des „Kontextwechsels der Theorien"

Der Begriff des „Kontextwechsels der Theorien" lässt sich hier so verwenden, dass die Theorien bzw. Grundsätze eine ganz andere Bedeutung erhalten, wenn man sie in eine andere Rechtsordnung umsetzt. Die Rechtsnorm bzw. der Grundsatz oder die Rechtstheorie haben in ihrem Kontext des eigenen Rechtssystems oder seiner sozialen Wirklichkeit einen bestimmten Sinn. Wenn sie jedoch von einer anderen Rechtsordnung rezipiert werden, so wird der Kontext notwendiger Weise geändert. Damit wird auch die Rechtstheorie ihren eigentlichen Sinn ändern. Die verschiedenen Formen des Kontextwechsels der Theorien ist dabei in den folgenden fünf Hinsichten zu prüfen:

Erstens ist die Diskrepanz zwischen der positivrechtlichen Norm und der sozialen Wirklichkeit zu nennen. Diese führt auch zu Unterschieden zwischen Theorie und Praxis in der gerichtlichen Entscheidung. Zweitens ist der große Spielraum für Theorien im japanischen Strafrechtssystem zu nennen. Er beruht auf der Beschränktheit der positivrechtlichen Regelungen oder der Weite der Begriffe in der Rechtsnorm. Vor allem gibt es nur wenige Vorschriften im allgemeinen Teil des StGB. Deswegen ist die theoretische Erklärung unerlässlich, um die Bedeutung der Norm zu erfassen. Drittens ist die „Japanisierung[1] der deutschen Theorien" notwendige Voraussetzung für die Anwendung der deutschen Theorie in der japanischen Dogmatik. Um die Aufgabe der Anpassung der Norm an die soziale Wirklichkeit zu erfüllen, sollte die originale Theorie entsprechend dem japanischen sozialen Kontext modifiziert werden. Viertens haben die neuen deutschen Theorien heutzutage bloß eine ergänzende Funktion für die japanischen herrschenden Theorien bzw. Entscheidungen. Der strukturelle Umbau des systematischen Rahmens der Straftatlehre ist extrem schwierig. Deswegen spielen die neuen Theorien nur bei neuen Problematiken eine gewisse Rolle. Fünftens zeigt der Zusammenhang der ideologischen Behauptung mit der Strafrechtsdogmatik manchmal ein anderes Bild als im Heimatland der Theorie.

[1] *Coing/Hirano/Kitagawa/Murakami/Noerr/Oppermann/Shiono*,(hrsg.) Die Japanisierung des westlichen Rechts, 1990.

2.1 Die Diskrepanz zwischen dem Rechtssatz und der sozialen Wirklichkeit

Die Aufgabe der Juristen in der Meijizeit (1887- 1912) lag darin, wie sie die europäisch-amerikanischen Rechtssysteme in Japan einführen, sie modifizieren sollten, damit sie die Institute und Rechtsordnung, die der japanischen Gesellschaft angepasst waren, aufbauen konnten. Schon in dieser Zeit kam die bloße Übernahme des ausländischen Rechtssystems nicht in Frage.

Um nur ein Beispiel zu nennen, so war der Verfasser des Entwurfs des StGB bzw. BGB ein Pariser Rechtsprofessor, *Gustav Boissonade*, der schon 1873 als „professioneller Ausländer" für Rechtswissenschaft berufen worden ist[2]. Das StGB, das von ihm konzipiert worden ist, ist im Jahre 1882 in Kraft getreten. Es ist jedoch 1908 vom geltenden StGB ersetzt worden, weil es für das damalige japanische Staatssystem wegen des Liberalismus in Frankreich als nicht geeignet angesehen wurde. Das BGB, das auch von *Boissonade* verfasst worden ist, ist im Endeffekt aus demselben Grund[3] überhaupt nicht in Kraft getreten. Die Kodifikation der damaligen Gesetzbücher hatte den Zweck, den Schein einer rechtsstaatlichen Fassade zu wahren und damit die internationalen Verträge, nach denen Japan mit den europäischen Mächten nicht gleichberechtigt war, zu revidieren, und so dem Klub der europäischen Mächte beizutreten. Davon, ob das Gesetz für die japanische Gesellschaft geeignet war, wurde damals im Grund genommen abgesehen. Dieses Spannungsverhältnis zwischen Gesetzen als Fassade und den erforderlichen Maßnahmen zur Bewältigung der Wirklichkeit, wie sie sich in den konkreten Fällen ausdrückt, lässt eine typische japanische Auslegungsmethode hervortreten: Sie ist öfters als „elastische Auslegung" bezeichnet und sogar von Juristen als „verfeinerte Technik der Anwendung" gelobt worden.

2.2 Die Weite des Spielraums für die Theorien im japanischen StGB

Die Vorschriften im AT des StGB in Bezug auf die Straftatlehre sind nur Rechtfertigungsgründe,(gesetzmäßige bzw. legale, berufsmäßige Handlung (§ 35), Notwehr (§ 36) und Notstand (§ 37)), Vorschriften über Vorsatz(§ 38), über Schuldfähigkeit(§ 39, 41), Versuch (§§ 43, 44) und Teilnahme (§§ 60-65). Deswegen ist der Spielraum für die Dogmatik sehr breit. Auf dieser Grundlage lässt sich die freie theoretische Entwicklung der Dogmatik gewährleisten.

Dazu trägt auch bei, dass die Rechtsbegriffe im allgemeinen abstrakt und weit sind. Das eröffnet die Möglichkeit, die „elastische Auslegung" weiterzuentwickeln.

---

[2] *Gustav Emile Boissonade de Fonarbie* (1825- 1910) Er kam nach Japan 1873 und verließ Japan 1895. Nebenbei gesagt, aus Deutschland z. B. *Albert Mosse*, *Ottmar von Mohl* (Diplomat: 1846 - 1922) und *Hermann Roesler* (1834- 1894)sind als Rechtswissenschaftler nach Japan gekommen. *Roesler* hat die Meiji-Verfassung entworfen.

[3] Ein Zivilrechtler, namens *Yatsuka Hozumi*, sagte damals: „Die Loyalität und Pietät gehen unter, wenn das BGB erscheint". Das bedeutete, dass das geplante BGB die familiale Moral des guten alten Japan zerstört würde.

Das ist auch der Grund, warum so viel Lehrmeinungen in der japanischen Strafrechtsdogmatik nebeneinander vertreten sind. Die deutschen Theorien haben deswegen eine genügende Einflussmöglichkeit auch ohne Kontextwechsel.

2.3 Japanisierung der deutschen Theorien

Japan ist ein Land des Imports, gleichzeitig aber auch ein Land der Umformung: Das alte StGB vom 1879 war schon nicht mehr nur das aus Frankreich rezipierte Gesetz, sondern bereits das „japanisierte StGB". Es hat sich aus der Diskussion zwischen dem Verfasser, *Boissonade*, und japanischen Ausschussmitglieder vom Entwurfkomittee beim Gesetzgebungsprozess des StGB ergeben[4]. Trotzdem ist das erste europäisierte StGB wegen seines zu liberalistischen und seines für das Staatswesen Japans nicht geeigneten Charakters schon nach seinem Inkrafttreten kritisiert worden[5]. Demgegenüber ist die Notwendigkeit betont worden, dass es ein StGB braucht, das die Sozialverteidigung gegen die steigende Kriminalität verwirklichen kann. Die moderne Schule in Deutschland bzw. in Italien wurde in Japan importiert, wobei sie am Anfang so verstanden wurde, dass die Verbrechensbekämpfung durch Erhöhung der Strafe verwirklicht werden könnte. Das geltende StGB von 1907 wurde von der damaligen deutschen modernen Schule beeinflusst. Der Unterschied zum deutschen StGB liegt darin, dass das japanische StGB sehr einfache und abstrakte Tatbestände und extrem weite Strafrahmen hatte.

Die „Japanisierung" der deutschen Theorien geschieht bei den verschiedenen Kategorien in der Straftatlehre. Um nur ein Beispiel zu nennen: Der Grundgedanke der Notwehr ist in beiden Strafrechtsdogmatiken wahrscheinlich aus unterschiedlichen sozialethischen Haltungen heraus ganz anders. Ein Autor hat einmal geäußert, dass die Notwehr in der japanischen Judikatur als Entschuldigungsgrund behandelt zu werden scheint. Die sozialethische Einschränkung der Notwehr ist in Japan nicht notwendig. Im Gegenteil wird die Rechtsmaxime: „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen" als zu hart angesehen. Die konkrete Auslegung der „Angemessenheit" der Abwehrhandlung[6] wird anders als in Deutschland gemacht.

---

[4] Das kann man in Materialien zur Strafrechtsgesetzgebung sehen: Nippon Keihou Soan Kaigi Hikki (Protokolle zum Ausschuss für den Entwurf für das Japanische Strafgesetzbuch), 1976-7. Bd. 1-4.

[5] In der Tat wurde das alte StGB als ohnmächtig wegen seines Charakters des Vergeltungsstrafrechts gegen die sich damals vermehrenden Verbrechen angesehen.

[6] In der japanischen Notwehr-Vorschrift ist der Begriff der „Angemessenheit" verwendet, die im Strafrechtsreform-Entwurf von 1927 benützt war. Demgegenüber ist der Begriff der „Gebotenheit" im geltenden deutschen StGB verwendet(§32 Abs. 1). Vgl. *Yamanaka*, Seitoboei no Genkai (Grenzen der Notwehr), 1984, S. 251 ff.

2.4 Veränderung der rezipierten Theorie innerhalb der unveränderten herrschenden Lehre

Eine Reform der Kriminalpolitik mit Auswirkung auf das japanische StGB ist ganz selten geschehen[7]. Deshalb ist der Einfluss der deutschen Theorie bloß auf die dogmatische Ebene beschränkt. Aber die herrschende Meinung hatte schon einen festen Platz vor dem zweiten Weltkrieg. Deswegen gibt es zwei Arten der Forschungen über die deutsche Dogmatik: Erstens bezweckt sie nur eine rechtsvergleichende Forschung. Zweitens bezweckt sie, die deutsche Theorie für die Auslegung japanischer Rechtsnormen zu verwenden. Auch beim zweiten Zweck werden die deutschen Theorien manchmal ohne den erforderlichen Kontextwechsel vertreten. Im Grund genommen kann man sagen, dass die neue deutsche Theorie heutzutage keinen Einfluss mehr auf die herrschende Meinung in Japan hat, sondern nur hinweisende Informationen liefert. Die Lehrmeinungen werden von Lehrern auf die Schüler unter den Wissenschaftlern übertragen[8].

Wenn man schon die oben erwähnten Grundzüge der japanischen Weise der Rezeption zusammenfasst, so scheinen sich gewisse Widersprüche zu ergeben. Das lässt sich wie folgt erklären: Um die Norm der sozialen Wirklichkeit anzupassen, ist es besser, wenn die Strafvorschriften abstrakter und weiter sind. Wenn dies noch nicht ausreichend ist, so muss man den Gesetzestext „elastisch“ auslegen. Das gilt auch für die rezipierten Theorien: Die herrschende Meinung braucht man nicht zu ändern, sondern nur den Inhalt. Ein gutes Beispiel dafür ist die Adäquanztheorie. Man sagte: Man muss sie nicht durch die objektive Zurechnung ersetzen, sondern braucht nur den Inhalt der Adäquanztheorie mit den Maßstäben auszulegen, die durch die objektive Zurechnung entwickelt worden sind. Die deutsche Theorien haben die Rolle, die Lücken durch vertiefte Forschungen zu ergänzen[9].

2.5 Zusammenhang der politische Ideologien und der Dogmatik

In Japan war die ideologische Auseinandersetzung in der Rechtswissenschaft, vor allem in der Strafrechtswissenschaft, in den 60er Jahren sehr stark. Das dauert bis heute an. Diese Ideologie beeinflusst die Strafrechtsdogmatik. Die Verbindung zwischen der Ideologie und der Strafrechtsdogmatik ist auch bei der Strafrechtswissenschaft vor dem Zweiten Weltkrieg zu sehen.

---

[7] Es gibt freilich einige Sondergesetze zum Strafvollzug oder zur Behandlung der Gefangenen.

[8] Sie beruht darauf, dass die Studenten im Ausland selten lange studieren. Doktoranden sind mehr oder weniger von Doktorvätern in Japan abhängig.

[9] In Japan forscht ein junger Wissenschaftler über neue deutsche Theorien bezüglich eines oder eines zweiten Themas. Spätestens wenn er über 40 Jahre alt ist, forscht er nicht mehr über deutsche Theorien, sondern nur über japanische. Er lässt seine Schüler die deutschen Theorien studieren oder schickt seine Schüler eventuell nach Deutschland. Indirekt durch seine Schüler bekommt er die Kenntnisse von deutschen Theorien. Deswegen entsteht manchmal ein Missverständnis. Es kann auch passieren, dass dieses Missverständnis die herrschende Meinung produziert.

In der Strafrechtswissenschaft vor dem Zweiten Weltkrieg lässt sich die klassische Schule als moralistisch oder liberalistisch bezeichnen und die moderne Schule als wissenschaftlich und politik-orientiert bezeichnen. Aber beide Schulen waren nicht unbeeinflusst von der Politik gerade vor dem Weltkrieg: Wenn man in dieser Zeit die Einflüsse der deutschen Lehre beobachtet, so kann man die Einflüsse der nationalsozialistischen Strafrechtsideologie erkennen. Z. B. *Kameji Kimura*[10], der ein Repräsentant der modernen Schule von damals war, führte nationalsozialistische Strafrechtgedanken in Japan ein. *Eiichi Makino*[11], der Gründer der japanischen modernen Schule verneint das Gesetzlichkeitsprinzip, weil es nur eine Ideologie im Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts sei. Seiner Erkenntnis nach existierte damals schon der Wohlfahrtsstaat. Deswegen brauche man kein Gesetzlichkeitsprinzip mehr. Darin lässt sich auch die Nazi-Ideologie sehen. Andererseits hat der Repräsentant der klassischen Schule, *Seiichiro Ono*[12], seine moralistischen Strafrechtsgedanken mit buddhistischen Gedanken und sogar mit dem Tennoismus verbunden. Der Tenno sollte nach ihm das Zentrum der japanischen Staatsmoral sein. Der Titel seines Buches hieß „Die selbstbewusste Entwicklung der japanischen Rechtsgedanken“(1942). *Ono* hat auch nach dem Zweiten Weltkrieg einen großen Einfluss auf Strafrechtsreform, weil er lange Sonderberater des Justizministeriums war.

Nach dem Zweiten Weltkrieg war anfänglich, d. h. bis Ende der 50 er Jahre, der Schulenstreit noch aktuell. In den 60er Jahren ist jedoch der ideologische Streit zwischen dem Konservativismus und dem Reformismus stärker als der alte Schulenstreit geworden. Das Begriffspaar des Handlungsunwerts und des Erfolgsunwerts spiegelte die politische Tendenz: Jener entspricht dem Konservatismus bzw. Moralismus und dieser dem Liberalismus bzw. Marxismus. Dieser Entsprechungszusammenhang gilt nicht in Deutschland, sondern nur in Japan. Darin besteht der Kontextwechsel zwischen Ideologie und Dogmatik in Deutschland und in Japan.

---

[10] *Kameji Kimura* (1897 - 1972) gehörte eigentlich zur modernen Schule. Er war Schuler von *Makino*. Er hat mit den anderen ein Buch herausgegeben: Sein Titel war „Nationalsozialistische Gesetze“ (1934). Man kann ihn jedoch als einen Opportunisten bezeichnen, weil er nach dem Zweiten Weltkrieg der Anhänger der finalen Handlungslehre geworden war.

[11] *Eiichi Makino* (1878 - 1970) war schon in Meiji-Zeit Assistantprofessor für Kriminalrecht an der Kaiserlichen Universität Tokyo. Er war Anhänger des sozialen Evolutionismus.

[12] *Seiichiro Ono* (1891 - 1986) sah das Strafrecht als Instrument zur Verwirklichung der Moral an. In das Zentrum der Moral war während des Krieges nach *Ono* der Tenno zu platzieren.

3 Wandlung der rezipierten Theorien

3.1 Kontinuität der Dogmatik und ideologischer Kontextwechsel

Der politische Teil der strafrechtlichen Gedanken ist nach der neuen demokratischen und liberalistischen Verfassung modifiziert worden, aber die Dogmatik wurde von der neuen Verfassung fast nicht beeinflusst, weil sie von politischen Gedanken relativ unabhängig war. Der Streit zwischen der modernen Schule und der klassischen Schule bestand weiter. Der kriminalpolitische Teil der modernen Schule zielte auf eine große Änderung. Die Straftatlehre der modernen Schule wurde deswegen kritisiert, weil sie zu subjektivistisch war. Sowohl die unbegrenzte Sozialverteidigung als auch die subjektivistische Straftatlehre entsprachen nicht dem Liberalismus, der Demokratie oder der Rechtsstaatlichkeit der neuen Verfassung. Demgegenüber ist die klassische Schule in den moralistischen[13] einerseits und den liberalistischen[14] Zweig andererseits gespalten: Die moralistische Auffassung hat freilich vom Tenno-Zentralismus Abschied genommen. Der Liberalismus ist teilweise mit dem Marxismus einhergegangen.

Ausgangspunkt der Strafrechtsdogmatik war die deutsche Dogmatik vor dem 2. Weltkrieg: Von der Seite der klassischen Schule waren die Lehre von *Binding*, *Birkmeyer,* der Kommentar von *Frank*, die Lehre von *M. E. Mayer* oder das Lehrbuch von *Mezger* am meisten gelesen. Der Schüler von *Ono* war *Shigemitsu Dando*[15], der in der Zeit der Repräsentant der klassischen Schule in Japan war und seine Persönlichkeitsschuldtheorie[16] entwickelt hat. Nach den 60er Jahren galt die Systematik von *Baumann* als theoretischer Hüter der klassischen Straftatlehre.

3.2 Finale Handlungslehre

In den 50 er Jahren ist die finale Handlungslehre von *Hans Welzel* in Japan eingeführt worden. Die jungen Strafrechtler von damals haben nach der neuen Dogmatik gedürstet. *Yasuharu Hiraba* und *Taira Fukuda* sind als Finalisten zu nennen. Die Übersetzung von *Welzel's* „Das neue Bild des Strafrechtssystems. Einführung in die finale Handlungslehre" (1962)[17], wurde auch von den damaligen Studenten gelesen. Die finale Handlungslehre war die erste neue deutsche Lehre, mit der sich die Strafrechtler von damals konfrontieren mussten, unabhängig von

[13] Außer *Ono* ist der Name *Tadashi Uematsu* (1906 - 1999) zu nennen, der früher Strafanwalt war.

[14] Als ein Repräsentant für die liberalistischen Schule ist die Strafrechtsgedanken von *Yukitoki Takigawa*(1891- 1962) zu nennen.

[15] *Shigemitsu Dando* (1913 -) ist der Autor von den nach dem Zweiten Weltkrieg repräsentativen Lehrbüchern von Strafrecht (AT, BT) und Strafprozessordnung.

[16] *Dando*'s Lehre von der Persönlichkeitsschuld ist mit der *Mezger*'s Lehre von Lebensführungsschuld und mit der *Bockelmann*'s Lehre von der Lebensentscheidungsschuld einhergegangen.

[17] Übersetzt von *Taira Fukuda/Otsuka, Hitoshi*; *Hans Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, Einführung in das finale Handlungslehre, 1962.

ihrer Zustimmung oder Ablehnung. Die japanischen Finalisten waren jedoch nicht so extrem, wie *Armin Kaufmann*. Man kann sie vielleicht mit *Hans Joachim Hirsch* vergleichen. Der Handlungsunwert wird in Japan auch nicht so extrem vertreten wie von *Zielinski* oder *Struensee*.

3.3 Liberalistische Strafrechtslehre

In den 60 er Jahren sind die liberalistischen Strafrechtsgedanken[18] nach der politischen Tendenz von damals sehr einflussreich geworden. Ihre gemeinsame Grundlage liegt im folgenden: Sie sieht den idealen Zustand darin, dass die Strafrechtslehre die Nicht-Bestrafung bezweckt. Der Zweck des Strafrechts liegt nicht in der Verbrechensprävention, sondern darin, die Rechte des Täters zu verteidigen. Die Existenz des Staates ist schon an sich ein notwendiges Übel. Die Strafrechtsdogmatik hat bloß den Zweck, die Macht des Staates zu begrenzen. Dogmatisch ist sie an dem Objektivismus und Subsidiaritätsprinzip des Rechtsgüterschutzes orientiert. Die positive Rolle der Kriminalpolitik ist bei der Resozialisierung und auch bei der Generalprävention nicht zu berücksichtigen.

Diese Auffassung hat jedoch keine eigene Dogmatik entwickelt. Ihre dogmatischen Eigenartigkeiten lassen sich nur im klassischen Straftataufbau des 19. Jahrhunderts sehen. Ihre Waffe zur Verbrechensbekämpfung in der modernen komplexen Gesellschaft ist nur der Revolver aus dem 19. Jahrhundert. Sie hat kein eigenes Straftataufbausystem entwickelt, sondern nur die objektivistische Strafrechtstheorie im Lichte des Liberalismus und der Demokratie wiederzubeleben versucht. Sie hat nur neuen Wein in die alten Schläuche hineingegossen[19].

3.4 Funktionalistisch-kriminalpolitische Strafrechtstheorie

In der japanischen Strafrechtswissenschaft nach dem zweiten Weltkrieg hat ein Strafrechtler den Paradigmenwechsel in der Strafrechtsdogmatik vollzogen. Es waren *Ryuichi Hirano*'s Strafrechtsgedanken[20]. Der Ausgangspunkt der Strafrechtslehre von *Hirano* war die sozialwissenschaftliche Wirklichkeitserkennung des Rechts und die Funktionsanalyse der Norm[21]. Hinsichtlich des letzteren Punktes ist *Hirano*'s Methode, die Strafrechtsnorm von ihren Funktionen her zu analysieren, nämlich die Freiheit von Bürgern zu gewährleisten, gleichzeitig den Rechtsgüterschutz zu bezwecken und damit die Straftatprävention zu verwirklichen. D.h. das Strafrecht hat nicht nur die Funktion, seinen materiellen Zweck, also die Straftatvorbeugung, innerhalb des formellen Rahmens des Gesetzlichkeitsprinzips zu verwirklichen, sondern nach seinen Gedanken gibt es „das materielle Bestrafungs-

[18] Die Strafrechtsgedanken von *Kenichi Nakazama* (1927 -) sind als repräsentativ zu nennen.

[19] Vgl. *Yamanaka*, Die Strafrechtsdogmatik von Dr. *Ryuichi Hirano,* Jurist Nr. 1281, 2004, S.48.

[20] Er wurde 1920 geboren und ist 2004 gestorben. Über seine Persönlichkeit und Werke vgl. Zeitschrift Jurist Nr. 1281, (am 15. 12. 2004).

[21] Vgl. *Yamanaka*, a.a.O., Jurist Nr. 1281, S. 50.

begrenzungsprinzip auch beim Strafrecht und der Strafe an sich". Der Grundsatz der Gewährleistung der Menschenrechte oder das Subsidiaritätsprinzip im Strafrecht sind die aus teleologischer Betrachtung zu gewinnenden Grundsätze, die von den Funktionen des Strafrechts im gesamten Instrumentarium der sozialen Kontrolle abgeleitet werden können. Sie sollten als ein dem Strafrechtssystem innewohnendes Beschränkungsprinzip gestaltet werden.

In der funktionellen Betrachtungsweise von *Hirano* ist dem „Systemdenken" das „Problemdenken" vorzuziehen[22]. Das Problemdenken ist die auf die Problemlösung gerichtete, praktische Denkweise: zuerst ist zu überprüfen, ob in der Gesetzgebungslehre oder auch in der Auslegungslehre das Ergebnis, das aus der Problemlösung hervorgeht, zufriedenstellend ist, und danach ist die Geltung oder Adäquanz des Ergebnisses, vom systematischen Kontext getrennt, in verschiedenen rechtspolitischen Hinsichten zu bestätigen.

Die große Bedeutung von *Hirano*'s Funktionalismus liegt darin, dass er die japanische Strafrechtswissenschaft von der deutschen, in der die ontologische bzw. systematische Denkweise vorherrschend war, hin zur amerikanischen Methode, in der die empirische bzw. funktionalistische Methode vorherrschend war, geführt hat. Seine Absicht lag damit darin, eine Strafrechtswissenschaft, die auf das kriminalpolitische Ziel ausgerichtet ist, zu begründen. *Hirano* hat in den 70 er Jahren als Führer der „japanischen Alternativentwurf-Gruppe" den Reformentwurf von 1974, der vom Justizministerium als allzu sehr moralisch konzipiert wurde, kritisiert. Sein grundsätzlicher Standpunkt war die Befreiung des Strafrechts von Moral, Entkriminalisierung und der Aufbau eines kriminalpolitisch effektiven Strafsystems. Er war die führende Person im Strafrechtlerkreis. Er scheint vergleichbar mit *Claus Roxin* im Deutschland der 70 er oder 80 er Jahre zu sein.

3.5 Handlungsunwert oder Erfolgsunwert

Seit den 70 er Jahren hat sich die Strafrechtswissenschaft idealtypisch in das Präventionsstrafrecht und das liberale Strafrecht gespalten. Die Spaltung kommt in der Konfrontation zwischen den Schulen vom Handlungsunwert und vom Erfolgsunwert zum Ausdruck. Das Begriffspaar des Handlungs- und Erfolgsunwertes ist nicht nur zentral für die Straftatlehre, sondern auch das Kriterium, nach dem die Strafrechtslehre ideologisch ausdifferenziert ist[23].

Seit den 90 er Jahren ist die Zeit des Kalten Kriegs beendet. Aber in der japanischen Strafrechtswissenschaft dauert der Kalte Krieg zwischen der Handlungsunwertschule und Erfolgsunwertschule noch an.

---

[22] Dass er diese Methode (Topik)aufgenommen ist, ist ein Zeichen dafür, dass er sich auch für die deutsche Rechtsphilosophie interessiert hat.

[23] Deswegen benutze ich auch „Handlungsunwert- oder Erfolgsunwert- Schule".

4 Identität und Abweichung bei einzelnen Kategorien in der Straftatlehre

Am Schluss meines Referates sind einige wichtige Kategorien des Straftataufbaus hinsichtlich der Rezeption und Abweichung von der deutschen Lehre zu überprüfen.

4.1 Tatbestandslehre

Der Tatbestand ist nicht nur der Unrechtstatbestand, sondern auch Schuldtatbestand. Der Tatbestand ist auch ein schuldhafter Handlungstypus. Meiner Meinung nach hat diese Auffassung keinen Sinn, weil eine tatbestandliche Handlung keine Handlung von schuldfähigen Menschen voraussetzt. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ist eine Mindermeinung. Durch den Objektivismus beim Straftataufbau wird der Tatbestandsvorsatz nicht anerkannt. Der Vorsatz gehört nach dieser Auffassung immer noch nur zur Schuld.

4.2 Lehre von der Unterlassungsdelikten

Es gibt keine Sondervorschrift für die unechten Unterlassungsdelikte wie den § 13 d. StGB. Die Diskussion über die Unterlassungsdelikte konzentriert sich auf den Entstehungsgrund der Handlungspflichten[24]. Neuerdings ist von der Teilnahme als Unterlassungsdelikt, vor allem von Beihilfe durch Unterlassen zur Täterhandlung durch Tun die Rede, nachdem einige untere Instanzen darüber entschieden haben[25].

4.3 Kausalität

Bei der Bedingungstheorie (Adäquanztheorie) ist die Auffassung nicht selten, nach der die hypothetische Ersatzursache zu berücksichtigen ist. Der sog. epidemiologische Kausalitätsbegriff[26] als generelle Kausalität spielt bei der Umweltkriminalität eine wichtige Rolle. Als Beschränkungstheorie der Aquivalenztheorie ist die Adäquanztheorie herrschende Meinung. Der Oberste Gerichtshof hat einmal auf die Adäquanztheorie Bezug genommen. Aber er hat seit langem vielmehr die Ge-

---

[24] *Yamanaka,* Entwicklung und Ausblick der Unterlassungsdogmatik in der japanischen Strafrechtswissenschaft, *Szwarc/Wasek* (Hrsg.), Das erste deutsch-japanisch-polnische Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, 1998, SS. 109 ff.

[25] Vgl *Yamanaka*, Beihilfe durch Unterlassung, Gendaikata Hanzai no Shomondai (Festschrift für Hiroshi Itakura), 2004, s:), S. 93 ff.

[26] Vgl. *Yamanaka*, Umweltkatastrophen, Massenprozesse und rechtlicher Ökologieschutz in Janpan, in: *Lorenz Schulz* (Hrsg.), Ökologie und Recht, 1991, SS 105.

fahrrealisierungsgedanken verwendet. In der Wissenschaft ist die Lehre von der objektiven Zurechnung dabei, Aufmerksamkeit zu gewinnen[27].

4.4 Rechtfertigungsgründe

Das japanische StGB hat für die Rechtfertigungsgründe[28] nur drei Vorschriften: Nämlich die gesetzmäßige und berufsmäßige Handlung (§ 35), Notwehr (§ 36) und Notstand (§ 37). Darunter wird § 35 als eine allgemeine Vorschrift für die Rechtfertigungsgründe angesehen. Das deutsche StGB hat keine „berufsmäßige Handlung" als Rechtfertigungsgrund. Diese Vorschrift ist ähnlich wie im schweizerischen StGB[29]. Bei der Diskussion über die Notwehr hat sich „die Rechtsbewährung" als ein Grundprinzip allmählich in der Wissenschaft eingebürgert. Bei der Auslegung der Abwehrhandlung wird die Anforderung der „Angemessenheit", die im Entwurf von 1925 (§ 21) in Deutschland vorgeschlagen wurde, hineininterpretiert. Was den Notstand anbetrifft, so gibt es drei Theorien: Rechtfertigungsgrundtheorie (h.M), Entschuldigungsgrundtheorie und Differenzierungstheorie. Die letztere Theorie folgt den deutschen Vorschriften (§§ 34, 35) im StGB.

4.5 Irrtumslehre

Beim Irrtum über konkrete Tatsachen ist die Abstrahierungstheorie im Gegensatz zu Deutschland die herrschende Meinung in Japan. Die Konkretisierungstheorie ist in Japan immer noch Mindermeinung, obwohl sie seit 20 Jahren vermehrt vertreten wird. Beim Irrtum über den Kausalverlauf[30] gibt es Streit zwischen der Irrtumlösung und der Zurechnungslösung.

4.6 Fahrlässigkeitsdelikte

Bei der Fahrlässigkeitsdogmatik werden verschiedene Theorien vertreten[31]: die Besorgnistheorie, die den Voraussehbarkeitsbegriff ausdehnt, die Aufsichtsfahr-

---

[27] Vgl. *Yamanaka*, Die Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft, in: *Fritz Loos* und *Joerg-Martin Jehle* (Hrsg.) , Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart, (Festschrift für *Maiwald*), 2006, S. 57 ff.

[28] Besonders zu den medizinische Eingriffen vgl. *Yamanaka,* Rechtsfertigung und Entschuldigung medizinischer Eingriffe im japanischen Strafrecht, In: *Eser/Nishihara* (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Max-Planck-Institut, Bd. 48, 1993, SS. 189 ff.

[29] §32 des schweizerischen StGB von 1937 lautet: „Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, ist kein Verbrechen oder Vergehen". Vgl. *Saku Machino*, Berufsmâssige Handlung als Unrechtsausschließungsgrund, Festschrift fûr Dando, Bd. 1, 1983, 201 ff.

[30] Vgl. *Yamanaka*, Ein Beitrag zum Problem des sog. „Dolus Generalis" - Kritische Erörterung der bisherigen Theorien -, Kansai University Review of Law and Politics No. 3 (1982), SS.1 ff.

[31] Vgl. *Yamanaka*, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, ZStW 102 (1990), S. 352 ff.

lässigkeitstheorie, nach der der Topmanager in Unternehmen bei Großbrandfällen strafrechtliche Verantwortung tragen soll. In Japan ist die Fahrlässigkeitsdogmatik hoch entwickelt, weil viele große Katastrophen wie Umweltschäden, Brandkatastrophen oder Gasexplosionen geschehen sind.

4.7 Schuld

Die Zumutbarkeit wird als außerrechtlicher Schuldmaßstab ausgelegt. Sie hat im allgemeinen keine Basis in Vorschriften. Deswegen ist sie in der Judikatur schwer aufzufinden. In diesem Sinne ist der normative Schuldbegriff überwiegende herrschende Meinung.

4.8 Versuch

Bei der Versuchslehre gibt es in Japan keine Vorschrift wie § 23 Abs. 3 d StGB. § 43 regelt nur: „Wer die Tatausführung der Straftat anfängt und sie nicht vollendet, kann milder bestraft werden". Bei dem untauglichen Versuch ist die konkrete Gefährdungstheorie die herrschende Meinung. Aber die objektivistische Theorie ist stärker als die subjektivistische Meinung. Was den Anfang der Tatausführung[32] anbelangt, so wird die konkrete Gefährdungstheorie nicht wenig vertreten. Die Zeitpunkte des Anfangs der Tatausführung und des Versuchsbeginns sind danach aufgespaltet. Zum Rücktritt vom Versuch gibt es eine ähnliche Diskussion[33] wie in Deutschland.

4.9 Teilnahme

In der Teilnahmelehre kommen dem Akzessorietätsprinzip drei Bedeutungen zu[34]: 1) Abhängigkeit der Strafbarkeit der Teilnahme von der Tatausführung der Haupttat, 2) Abhängigkeit der Straftatart der Teilnahme von der Art der Haupttat und 3) Abhängigkeit der Strafbarkeit der Teilnahme von der Haupttatstrafbarkeit (Strafgrund der Teilnahme). Wenn der Haupttäter keine Tatausführung anfängt, so ist der Teilnehmer nach Prinzip 1 nicht strafbar. Das 2. Prinzip wird teilweise bejaht und teilweise verneint. Nach der Unabhängigkeitstheorie müssen der Straftatbestand des Haupttäters und der des Teilnehmers nicht identisch sein. Beim 3. Prinzip ist die Verursachungstheorie herrschende Meinung. Aber die Unrechtsteil-

---

[32] Vgl. *Yamanaka*, Zum Beginn der Tatausführung im japanischen Strafrecht, in: *Hirsch/Weigend* (Hrsg.),Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot,Berlin 1989, S. 101 ff.

[33] Vgl. *Yamanaka*, Betrachtungen zum Rücktritt vom Versuch anhand der Diskussion in Japan,ZStW 98 (1986), S. 761 ff.

[34] Vgl. *Yamanaka*, Gedanken zum Akzessorietätsprinzip – Plädoyer für eine japanische Mindermeinung, *Plywacewski* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie, Bialystok, 1998, S. 584.

nahmetheorie hat auch ihren festen Platz. Die reine Verursachungstheorie ist zwar Mindermeinung, aber nicht so selten wie in Deutschland. Bei der Mittäterschaft stehen die Straftatgemeinschaftstheorie und die Tatgemeinschaftstheorie einander gegenüber. Die Praxis produzierte die Lehre von der Komplottmittäterschaft[35], nach der der Beteiligte, der keine Tatausführung begeht, auch Mittäter sein kann. Die Theorie ist heutzutage herrschende Meinung auch in der Wissenschaft. Die Rechtsprechung verwendet den Begriff der „eigenen Straftat oder fremden Straftat“ nach der subjektiven Theorie.

5 Fazit

In der japanischen Strafrechtswissenschaft wird die deutsche Strafrechtswissenschaft zum Rechtsvergleich erforscht, und zugleich auch als ergänzende Argumentation bei der Auslegung des japanischen StGB benutzt. Dabei wird der Kontextwechsel teils beachtet, teils ohne Bewusstsein missachtet. Einerseits ähnelt die Auffassung der Strafrechtsdogmatik der theoretischen Physik. Ohne Kontextwechsel gilt sie überall. Andererseits wird sie als Rechtswissenschaft aufgefasst, die in der konkreten Gesellschaft und im Rechtssystem verwurzelt ist.

Die „Rezeption“ geschieht eigentlich als Übertragungsvorgang von den kulturell Überlegenen zu den Unterlegenen[36]. Aber ist es auch wahr, dass das Übertragene für die soziale Wirklichkeit des Landes passend gemacht werden muss.

Mit dieser Abweichung wird ein anderes Modell im rezipierenden Land gestaltet. Wenn man die Strafrechtssysteme weltweit ansieht, gibt es verschiedene Modelle, die sich in allen Ländern spezifisch entwickelt haben. Im Gebiet der Strafrechtsdogmatik spielen zwar kulturelle oder soziale Unterschiede eine relativ kleinere Rolle als in anderen Gebieten. Aber weil es keinen monistischen Maßstab geben kann, ist die Vorstellung eines überlegenen Systems unangebracht. Deshalb wird man in Zukunft den Begriff der Rezeption durch die Idee wechselseitiger Einflüsse ersetzen.

[35] *Yamanaka*, Moderne Erscheinungsformen der Tatbeteiligung mehrer unter besonderer Berücksichtigung von organisierter Kriminalität wie auch krimineller Aktivitäten von Organisationen, - Komplott-Mittäterschaft als Mittel zur Bekämpfung der organisierter Kriminalität im japanischen Strafrecht?, in: *Eser/Yamanaka*, Einflüsse deutschen Strafrechts auf Polen und Japan, , 2001, S. 280 ff.

[36] *Gabriel de Tarde*, Gesetze der Nachahmung, (1890) 2003, Suhrkamp.

Die selbständige gesetzliche Fassung der Notstandsvorschrift § 37 jp. StGB und die Rezeption der deutschen Strafrechtsdogmatik

Rikizo Kuzuhara

1 Unterschiedliche Gesetzesfassungen der Notstandsvorschrift

Der Notstandsvorschrift des japanischen Strafgesetzbuches hat ganz auffälligerweise, anders als meisten anderen Bestimmungen keinen deutschen Vorfahr. Das geltende japanische Strafgesetzbuch von 1907 nimmt sich das deutsche Strafgesetzbuch von 1871 zu Vorbild. Das seither etwa 100 Jahre lang keine gründliche Reform erfahrene Gesetz ist insbesondere in seinem allgemeinen Teil unter ziemlich starken Einfluss vom deutschen Recht. Es gibt im AT viele, nicht immer wortlautlich aber zumindest inhaltlich ähnliche Vorschriften. Die Beteiligung mehrerer z.B. sieht das Gesetz in drei Formen, Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe vor § 36 jp StGB, die Bestimmung der Notwehr, sieht fast wie eine Übersetzung der deutschen entsprechenden Vorschrift aus. In dieser Hinsicht ist die Regelung des Notstands von § 37 jp. StGB ziemlich selbständig. Sie lautet:

> *Eine Handlung, die unvermeidlich ist, um eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwenden, ist nur dann nicht strafbar, wenn das verursachte Übel das Maß desjenigen nicht überschreitet, welches man zu verhüten sucht.*
> *Überschreitet die Tathandlung diese Grenze, so kann die Strafe jedoch nach Umständen der Tat gemildert werden oder entfallen.*

2. Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf denjenigen, dem auf Grund seines Berufes oder Amtes eine besondere Pflicht obliegt.

Damals hatte das dt. StGB noch keine umfassende Notstandsregel mit einer Interessenabwägungsklausel. Wenn die „Übel"-Abwägungsklausel, wie japanische h. M. behauptet, ein deutlichstes Indiz dafür wäre, dass der Gesetzgeber mit der Vorschrift eine Regel des rechtfertigenden Notstands positiviert habe, wäre japanische Gesetzgebung die deutsche um 68 Jahre vorangegangen.

Hier, im Hinblick auf deutsch-japanischen Rechtsvergleich am interessantesten ist, dass dem § 37 jp StGB zufolge auch bei Gleichwertigkeit der verursachten und zu verhütenden Übel ohne weiteres eine Straflosigkeit wegen des Notstands angenommen werden kann. Dies steht im Kontrast auch dazu, dass § 34 des geltenden deutschen Strafgesetzbuches nur bei „wesentlichem" Überwiegen des geretteten Interesses die rechtfertigende Wirkung des Notstands bejaht. Stehen sich zwei Menschenleben oder gleichwertige Vermögensgegenstände gegenüber, so liegt nach § 34 dt. StGB kein rechtfertigender Notstand vor. Bei Vermögenskollision greift sogar entschuldigender Notstand von § 35 dt. StGB auch nicht ein. Die japanische Notstandsvorschrift des § 37 kann im Gegensatz dazu beide Fällen erfassen und zur Straffreiheit führen, egal ob sie auf Rechtfertigung oder Entschuldigung beruht.

Unter dem Aspekt der „Interessen"- Abwägung kann der Unterschied in Fällen von Vermögenskollision zumindest in der Praxis relativiert werden. Berücksichtigt man bei der Abwägung nicht nur abstrakten Rang der kollidierenden Güter, sondern auch das Maß der Schäden, Umfang und Schwere der Verletzung usw., so ist ein Fall praktisch undenkbar, wo das Saldo der Abwägung genau plus minus null ist oder die Gefälle der Interessen nur geringfügig ist.

In Fällen von Lebenskollision ist jedoch die Diskrepanz der Grundeinstellung der deutschen und japanischen Gesetzgeber von prinzipieller Art. Nach japanischem Gesetz einerseits kann man bei einer anders nicht abwendbaren Lebensgefahr von sich oder von einem anderen einen unbeteiligten dritten ums Leben bringen, und zwar völlig straffrei, auch wenn die dabei gerettete Person dem Täter ganz unbekannt ist. Andererseits verlangt § 35 dt. StGB, dass die gerettete ein Angehörigen des Täters oder eine ihm nahe stehende Person ist.

Auch nach der Formulierung von § 37 jp. StGB bleibt offen, ob die Notstandshandlung bei der Kollision mehrerer Leben gerechtfertigt oder nur entschuldigt wird. Beim deutschen Gesetz wird aber die Auslegung, die die Rechtfertigung einer Tötung durch Notstand ermöglicht, wortlautlich ausgeschlossen.

Im Folgenden stelle ich aus rechtsvergleichender Sicht hauptsächlich japanische Rechtslage zu dieser Vorschrift kurz dar. Dabei möchte ich, mich auf Problematik der Gleichwertigkeit der geretteten und geopferten Interessen, insbesondere der Lebenskollision einschränkend, zunächst die Gesetzgebungsgeschichte grob skizzieren und danach sich mit dem Meinungsstand im Schrifttum auseinandersetzen.

2 Zur Gesetzgebungsgeschichte

Warum eine solche zumindest vom deutschen Recht abweichende Vorschrift entstanden ist, ist bis heute nicht geklärt. Das geltenden jp. StGB findet keine Parallel seiner Formulierung des § 37 in seinem Vorgänger. Die alte Fassung des japanischen Strafgesetzbuchs vom 1880, das die erste Rezeption des europäischen Rechts im Bereich von Strafrecht ist, habe im Grossen und Ganzen unter starken Einfluss vom französischen Recht entstanden. Der damalige Gesetzgeber habe im Grunde den Code penal Napoleon einfach übernommen. Auch die Code Napoleon hat aber keine allgemeine Notstandsregelung. Das alte japanische Strafgesetzbuch von 1880 hat trotzdem (oder gerade deshalb) ganz ähnliche Vorschriften wie § 52, 54 vom deutschen StGB von 1871. § 75 des alten japanischen Strafgesetzbuches lautet:

> *Eine nicht auf eigenem Willen, sondern auf einem unwiderstehlichen Zwang beruhende Handlung ist nicht strafbar.*
> *Ebenso ist eine Handlung zu beurteilen, mit der eine nicht anders abwendbare Gefahr für Leib oder Leben, die auf höherer Gewalt oder Zufall beruht, von sich oder einem Angehörigen abgewendet werden soll.*

Dies ist schon ein Rätsel. Auf jeden Fall stammt § 37 des geltenden japanischen Strafgesetzbuches nicht aus dem Strafgesetzbuch vom 1880.

Die Übelabwägungsklausel vom § 37 ist auch kein Produkt der rechtsvergleichenden Untersuchung, die damals vom Gesetzgeber geübt wurde. Aus den Protokollen der Gesetzgebungsdiskussion um StGB von 1907 im Parlament kann man entnehmen, dass die praktischen Väter vom jetzigen StGB ausländische Strafgesetzbücher von Deutschland, Ungarn, Finnland, Italien, Österreich, Belgien und Frankreich nachgeforscht haben. Keiner davon hatte eine entsprechende Abwägungsklausel, wonach eine Notstandshandlung auch bei Gleichwertigkeit der verursachten und vermiedenen Übel oder Schäden straffrei sein kann.
Erlauben Sie mir nun einen kurzen Exkurs:

Die Notstandsvorschrift des spanischen StGB (Còdigo penal) hat einen ähnlichen Wortlaut. Sie sei unter dem Einfluss von deutscher Strafrechtsdogmatik bei der Reform 1932 erweitert worden.

> *CP Art.8 No 7 a.F. (nach der Reform von 1995 CP Art. 20 No5; nicht geändert) lautet:*
> *Nicht strafrechtlich verantwortlich ist:*
> *7. Wer, vom Notstand gezwungen und um ein eigenes Übel oder das eines anderen zu verhüten, ein fremdes Rechtsgut oder eine Pflicht verletzt,*
> *sofern folgende Erfordernisse vorliegen:*
> *1. Dass das verursachte Übel nicht größer sei als dasjenige, welches man zu verhüten sucht.*
> *2. Dass die Notstandslage vom Handelnden nicht absichtlich herbeigeführt ist.*
> *3.Dass dem in Not Befindlichen nicht auf Grund seines Berufes oder Amtes*

eine Pflicht zur Aufopferung obliegt.
(übersetzt von Walter Perron in: Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht 1988)

Aus dem hiesigen Blickwinkel kommt es natürlich auf die Klausel von Gleichmaß der Übel an. Bis 1928 hatte das spanische Strafgesetzbuch überhaupt keine umfassende Notstandsvorschrift. In Còdigo penal von 1848 und 1870 lag eine Vorschrift vor, die nur Fällen von Vermögensschaden regelte. Die Notstandsbestimmung des Còdigo penal von 1928 hatte zwar eine Proportionalitätsklausel, aber nicht in einer negativen Formulierung wie im jetzigen oder im japanischen StGB. Das bedrohte Übel sollte größer sein, als das verursachte.

Einen interessanten Kommentar über diese spanische Gesetzeslage habe ich in einer deutschen Literatur gefunden.

„Die Motive dieser Erweiterung sind nicht rekonstruierbar; Roldàn Barbero vermutet eine reine Zufälligkeit , weil man möglicherweise von irgendeiner ähnlichen ausländischen Regelung gehört hatte. „(Perron , Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht 1988, S.191)

Es ist nicht unmöglich, zu denken, dass die „ähnliche ausländische Regelung" gerade § 37 des japanischen StGB darstellt. Ich vermute aber, ohne Gründen, ganz intuitiv, das sei nicht der Fall. Natürlich umgekehrte Richtung von Einfluss, d. h. vom spanischen Recht aufs japanische ist schon zeitlich ausgeschlossen.

Wendet man sich wieder zum japanischen Recht zurück, ergibt sich, dass der Kommentar auch japanischer Lage ohne weiteres gelten kann. Den Beweggrund der gesetzgeberischen Entscheidung solcher kleiner Art genau festzustellen ist schier unmöglich, weil nicht ausgeschlossen ist, dass ein reiner Zufall, wie von Roldàn Barbero hingewiesen wurde, dazwischen getreten hatte.

Einige japanische Autoren dagegen behaupten, dass die „Nicht-Überschreiten"-Klausel aus den Auffassung von deutschen Hegelianern, (insbesondere von Hälschner, Berner, und Stammler) übernommen wurde, die auch bei Lebenskollision Straffreiheit wegen Notstand als rechtsneutrale Handlung oder eine Handlung im rechtlich freien Raum bejahe, nicht aber rechtfertige. Die japanische Autoren, die den Einfluss von Hegelianern heranziehen, möchte damit begründen, dass § 37 jp. StGB nicht monistisch als ein Rechtfertigungsgrund gedeutet werden muss. Ihre eigene Auslegung, d.h. die Differenzierungstheorie spiegele diese geschichtliche Entwicklung passender wieder.

Die Aussagekraft dieser These ist ganz wenig. Ihr Gedankengang ist höchstens ein Nachweis von Ähnlichkeit sowie zeitlicher Koinzidenz der deutschen Lehre und der japanischen gesetzgeberischen Arbeit, nicht einmal von realem Kontakt der beiden, erst recht nicht von einem Kausalzusammenhang dazwischen. Dazu ist eine solche Theorie der subjektiven Gesetzgeberwillen, zumindest in solcher vereinfachten Version schon methodisch naiv.

Was so feine subjektive Geschichte angeht, müssen wir uns als Strafrechtler am Ende mit der banalen Feststellung begnügen, aus dem Wortlaut des § 37 vom

jp. StGB kann man kaum einen direkten Einfluss vom deutschen StGB entnehmen.

3 Einfluss des Gesetzeswortlauts auf Lehrmeinungen

Die „Nicht-Überschreiten"-Klausel spielt auch bei der Ausgestaltung der wissenschaftlichen Streitpunkte eine große Rolle. Bis Ende vorigen Jahrhunderts ist die Auffassung, die auch bei Lebenskollision eine Rechtfertigung per Notstand annimmt, von ganz überwiegendem Teil des Schrifttums vertreten worden. Wenn man einen anderen umgebracht, um eigenes Leben oder das Leben eines dritten zu schützen, überschreite das verursachte Übel das zu verhütende nicht. Der unbegrenzte Personenkreis des Schützobjekts zeige, dass es sich nicht um einen Entschuldigungsgrund handelt. Die Rechtfertigung dabei wird dabei durch eine einfachste Version von utilitaristischer Denkweise begründet.

Diese Auffassung ist traditionell von Professoren der Tokyo-Universität vertreten worden, die in der japanischen Strafrechtswissenschaft, hauptsächlich dadurch jederzeit sehr einflussreich sind, dass sie ihre zahlreiche Schuler in die Wissenschaft und Praxis schicken. Vor allem Ryuichi Hirano, der als Professor an der Tokyo-Universität japanische Strafrechtsdgomatik in vielen Teilbereichen geändert, gewissermaßen in ein Durcheinander gebracht hat, hat diesem Gedanke eine eindrucksvolle Formulierung gegeben. Die Auffassung, dass sich auch in den Fällen von Kollision der gleichwertigen Interessen eine Rechtfertigung annehmen lässt, sei ein Ausdruck von einer „sachlichen nüchternen und gesellschaftsorientierenden Denkweise". Ein Schuler von ihm ergänzt diese Ausführung. Die Aufgabe des Strafrechts liege darin, der Herabminderung der gesamten Werte und Interessen für die ganze Gesellschaft vorzubeugen, nicht aber darin, die Summe der sozialen Werte zu vermehren.

Auch heutzutage ist Hiranos Nachfolger Nishida der Meinung, dass man im Fall von „Brett des Karneades" die Interesse folgenderweise abwägen müsse: 1 gerettetes Leben überwiege, 2 verlorene Leben (Verlust der Leben von beiden Betroffenen), nicht aber 1 gerettetes Leben -1 verlorenes Leben mache ergebe. Nishida geht weiter. Wer aus einem von 5 Personen bestiegenen aber nur für 2 Personen tragfähigen Rettungsboot 3 Personen weg ins Meer wirft, ist nach Nishida wegen der Rechtfertigung gemäß § 37 straffrei, weil Verlorengehen von 3 Menschenleben ein kleineres Übel als Tode aller 5 Personen sei. Auch dabei sei die Abwägung zwischen 2 Leben und 3 Leben falsch. Dieser Denkvorgang ist nur deshalb möglich, weil § 37 von einer Abwägung der „Übel" nicht aber der Interessen oder Rechtsgüter spricht.

In allen anderen Phasen der Notstandsproblematik entwickelte sich die japanische Strafrechtsdogmatik, ähnlich wie in vielen anderen Problemkreisen, auf dem stark vom deutschen Muster geprägten Weg. Wenn man deutsche Diskussionslage etwas grob beschreibt, gilt das ohne große Änderung auch als eine Skizze des japa-

nischen Meinungsstandes. Das ist keine extreme Übertreibung. Seit der Zeit von deutschen alten StGB her hat z.B. die Differenzierungstheorie – trotz der einheitlichen Gesetzesbestimmung in Japan – die herrschende Einheitstheorie vorgeworfen. Für die Begründung der Rechtfertigung wird die Theorie des überwiegenden Interesses fast einhellig akzeptiert. Auch die Auffassung, die dazu den Gesichtspunkt der Solidarität kumulativ berücksichtigt, wird nicht vereinzelt vertreten. Für Manche ist der „Grundsatz" des überwiegenden Interesses das allgemeine Prinzip der Rechtfertigung, die auch für die Notwehr gilt (Hirano und Nishida gehören zu dieser Meinungsgruppe.). Es gibt auch Autoren, die die Rechtsbewährung im Sinne von einem abzuwägenden Interesse umdeuten wollen. Neuerdings erscheint sogar die Meinung, die die Anwendung von § 37 wie in § 34 dt. StGB durch „Angemessenheit der Tat" einschränken will, obwohl § 37 jp. StGB keinen ausdrücklichen entsprechenden Wortlaut hat. Der Unterscheidung von aggressivem und defensivem Notstand ist zwar noch nicht akzeptiert aber breit bekannt.

Vor diesem Hintergrund wird die Eigenartigkeit der Position der japanischen vorherrschenden Lehre beim Problem der Lebenskollision hervorgeleuchtet. Fast ausschließlich in diesem Punkt wird eine große Divergenz beobachtet. Die bisher geschilderte Lage der Diskussion in Japan lässt sich zwar nicht allein auf den Wortlaut von § 37 jp. StGB zurückführen. Man kann jedoch zumindest sagen, er spielt dabei eine wichtige Rolle.

4 Fazit und Schlussbemerkung

Falls die japanische Strafrechtsdogmatik dank des eigenartigen Wortlauts von § 37 auch in einem begrenzten Bereich eine selbständige Entwicklung hätte erleben können, wäre dies als ein Glück zu schätzen. Der Unterschied von positiven Gesetzen führt durch unterschiedliche Gedankengänge zur Diskrepanz der Falllösungen. Das ist an sich ein natürlicher und „gesunder" Vorgang.

Das Gebot der Beachtung von Menschenleben muss auf der anderen Seite eine universale, kulturelle Unterschiede überwindende Geltung finden. Die japanische h. M., die einen unbeteiligten Dritten verpflichtet, selbst Verlust eigenes Leben „solidarisch" zu dulden, ist unter diesem Gesichtspunkt nicht ganz gesund.

Seit Jahrhundertswende hat in dieser Hinsicht Anhänger von der Auffassung zugenommen, die zumindest bei Lebenskollision durch eine besondere Betrachtung völlige Rechtfertigung ablehnt. Einer behauptet, dass die Abwägung von Leben hinsichtlich des Instrumentalisierungsverbots überhaupt ausgeschlossen ist. Anderer sagt, nur bei Kollision von Leben oder gewichtigen Körperteilen werde § 37 jp. StGB als ein Entschuldigungsgrund verstanden. Wieder anderer will die Rechtfertigung durch § 37 im Sinne von „Ausschluss des strafwürdigen Unrecht" umdeuten. Das „wesentliche" Überwiegen des geschützten Interesses übergesetzlich zu verlangen, ist auch vorgeschlagen. Unter solchen Autoren befinden sich

mehrere, sozusagen „leitende“ Strafrechtler auch Schüler von Hirano, sogar Professor an der Tokyo-, Universität.

Somit fängt japanische Dogmatik an, in Richtung von Deutschland zurückzukehren. Ich persönlich halte diese Lösungen im Ergebnis für richtig. Es fehlt aber der Begründung, mit der man mit dem Wortlaut des § 37 jp. StGB konform das Ergebnis erreichen kann. Hier liegt ein großes Dilemma.

Im japanischen Recht des Notstandes gibt es noch eine Divergenz. Japanische Rechtsprechung hat bisher de facto keinen Notstand bei Tötungsdelikten angenommen, soweit ersichtlich. Obwohl das positives Recht und die Lehrmeinungen den oben geschilderten selbständigen Entwicklungsgang gezeigt haben, folgt allein Rechtsprechung dem deutschen Recht im Ergebnis. Auf jeden Fall ist japanische Rechtsprechung bei Annahme der Straffreiheit durch Nothandlung im Allgemeinen sehr zurückhaltend. Auch bei Notwehr gibt es nur ganz wenige Urteile, die bei Tötungsdelikte eine Rechtfertigung bejahen. Wenn man in einer Rechtsprechungsdatenbank mit dem Stichwort „Notwehr“ oder „Notstand“ recherchiert, bekommt man als „Treffer“ fast nur negative Urteile. Vielleicht wäre diese Diskrepanz zwischen Lehre und Praxis ein größeres Problem.

Personales Unrecht: Entwicklungslinien, gegenwärtiger Stand und Zukunftsfragen

Gunnar Duttge

1

„Nicht die von der Täterperson abgelöste Erfolgsverursachung (Rechtsgüterverletzung) erschöpft das Unrecht, sondern rechtswidrig ist die Handlung nur als Werk eines bestimmten Täters: Welche Zielsetzung er der objektiven Tat zwecktätig gegeben, aus welcher Einstellung heraus er sie begangen hat, welche Pflichten ihm dabei oblagen, all das bestimmt maßgeblich das Unrecht der Tat neben der etwaigen Rechtsgüterverletzung. Rechtswidrigkeit ist immer die Missbilligung einer *auf einen bestimmten Täter bezogenen* Tat. Unrecht ist täterbezogenes, [ist] personales Handlungsunrecht"[1].

Mit dieser inzwischen als „klassisch" geltenden Formulierung hat vor etwa einem halben Jahrhundert der Doyen der finalen Handlungslehre (und erste Dekan der Juristischen Fakultät Göttingens nach 1945), *Hans Welzel*,[2] eine strafrechtsdogmatische Sichtweise begründet, die auch heute noch – und soweit ersichtlich ebenso in Japan[3] – ungeachtet aller Kritik an seinem Handlungsbegriff weithin als

---

[1] *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 62.

[2] Nähere Würdigung bei *Engisch*, ZStW 90 (1978), 1 ff.; *Hirsch*, ZStW 116 (2004), 1 ff.; *Loos*, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 486 ff.

[3] Vgl. bereits *Fukuda*, in: Welzel-FS 1974, S. 251, 259; *Ohno*, in: Welzel-FS 1974, S. 261, 271; nachfolgend *Nishihara*, in: Jescheck-FS 1985, S. 1233, 1237 f.

gültig betrachtet wird. Der „Wesenskern“ einer solcherart „personalisierten“ Unrechtsauffassung, die *Claus Roxin* erst unlängst sogar zu den „unverlierbaren Fortschritten in der Strafrechtsdogmatik“[4] gezählt hat, wird allgemein[5] darin gesehen, dass mit ihr das Verbrechen nicht mehr – wie noch zu Zeiten des geistesgeschichtlichen Naturalismus – nach einer Außen- und einer Innenseite unterteilt und letztere ausschließlich der Kategorie strafrechtlicher „Schuld“ zugeordnet wird, aber zugleich Beachtung findet, dass die mit Erstarken der neukantianischen Wertphilosophie (*Windelband, Rickert, Lask*) sich einstellende Normativierung auch des Strafrechtsdenkens bei einer Übersteigerung zum gänzlich „empiriefreien Normativismus“ – wie er heute vor allem *Jakobs* vorgeworfen wird[6] – Gefahr läuft, das jeder denkbaren rechtlichen Regelung vorgegebene „ontologische Material“[7] zu verfehlen.

Um dem entgegenzuwirken, findet sich bei *Welzel* eine „seins- oder sachgebundene Methode“ empfohlen, die darauf insistiert, den Sinngehalt der in den Tatbeständen erfassten „sprachlichen und begrifflichen Widerspiegelungen“ durch „eindringende Einsichtnahme in die ontologische Wesensstruktur des Gegenständlichen“ zu verdeutlichen und so die rechtlichen Wertungen erst „richtig zu erfassen“.[8] Ausgehend von einem *verhaltens*normtheoretischen Verständnis rechtlichen Sollens, das auf vorgelagerte Bewertungen natürlich nicht verzichten kann, rückt unweigerlich die menschliche Handlung in den Mittelpunkt des Interesses, da die Normen des Rechts keine bloßen Kausalprozesse oder gar nur Zustände, sondern allein die dahin steuernde Urheberschaft, mithin Handlungen gebieten oder verbieten können.[9] Das Pflichtansinnen impliziert allerdings denknotwendig, dass dem Normadressaten auch die Befähigung zur selbstbestimmten Wahl seines Verhaltens aus einem zumeist größeren Raum von Handlungsoptionen gegeben ist – unter Einschluss insbesondere jener Alternative(n), die das Ansinnen „Du sollst“ in der konkreten Lebenssituation zu erfüllen geeignet ist (sind). *Ernst-Joachim Lampe* spricht deshalb vom Handlungsvermögen als „personalontologisches Strukturelement des Strafunrechts“ (was also das Vorhandensein einer „Person“ als Quelle des zu bewertenden Verhaltens ebenso wie als Bezugspunkt rechtlicher „Zu-

---

[4] *Roxin*, in: Lampe-FS 2003, S. 423, 426.

[5] Im Überblick: *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn 14 ff.; vertiefende Darstellung der Zusammenhänge bei *Schünemann*, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1, 19 ff., 34 ff.

[6] Z.B. *Schünemann*, in: Roxin-FS 2001, S. 1, 13 ff.; umfassende Auseinandersetzung mit dem *Jakob*schen Funktionalismus bei *Schneider*, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, 2004, S. 70 ff.

[7] Zum Streit um die Anerkennung sog. „sachlogischer Strukturen“ zuletzt *Hassemer*, in: Rudolphi-FS 2004, S. 61 ff. sowie eingehend *Sticht*, Sachlogik als Naturrecht?, 2000 m. Bspr. *Loos*, ZStW 114 (2002), 674 ff.

[8] *Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1961, Vorwort S. X f.

[9] Dazu mwN *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 246 ff.; programmatisch *Rudolphi*, in: Schünemann (o. Fn 5), S. 69: „Rechtssätze enthalten stets Imperative, d.h. Ver- oder Gebote menschlichen Handelns“.

rechnung“ i.e.S. voraussetzt), das „individuell beim Unrechtstäter vorhanden sein muss“[10]. Exemplarisch: Das „Verhalten“ der Sonne mit Richtsätzen anleiten zu wollen, denen in Wahrheit keinerlei „Richtkraft“ zukommt, könnte nur als Vorhaben eines offenkundig „Unvernünftigen“ aufgefasst werden.[11] Die sich hieraus ergebende Konsequenz ist freilich fundamental; *Jakobs* hat sie einmal treffend wie folgt auf den Punkt gebracht: „Das ultra posse nemo obligatur wird der Dogmatik nicht erst als Korrektiv nachgeschaltet, sondern schon vorgesetzt. Der Norm werden die Regeln des Bereichs, in dem sie wirken soll, inkorporiert; [d.h.] sie wird auf den Rahmen beschränkt, in dem sie [überhaupt nur] effektiv wirken kann…“[12].

2

Das heute vorherrschende „zweckrationale“ oder „teleologische“ (auch „kriminalpolitische“) Strafrechtskonzept sieht sich, insbesondere in seiner Münchener Ausprägung,[13] in seinem Bemühen um „Versöhnung zwischen Normativismus und Sachlogik“[14] in keineswegs geringerem Maße als wahrer Repräsentant jener immerhin „dem Finalismus zu verdankenden“[15] personalen Unrechtslehre, freilich von *Welzel* strikt getrennt durch die bei diesem zugrunde gelegte Finalstruktur der Handlung als ontologisch „Vorgegebenem“.[16] Die angestrebte „Mittelposition“[17] der Münchener Schule soll sich selbstredend einer „real-ontologischen“ Imprägnierung gerade fernhalten, nicht weniger aber auch einer ausschließlich „normativ-funktionalen“ Positionierung. Dem Vorwurf der „Empiriefeindlichkeit“, resultierend aus der unmissverständlich betonten Präponderanz der strafrechtlichen Wertungen, wird dabei entgegengehalten, dass dem eigenen Konzept doch eine Öffnung hin zur Lebenswelt durchaus eigen sei, mithin das Empirische in die Systematik und Dogmatik der allgemeinen Lehren ohne weiteres einbezogen werden könne.[18] Mehr noch: Geboten sei nach *Roxin* nicht weniger als eine „empirie*gesättigte* Dogmatik“, die sich nach Möglichkeit umfassend – d.h. den schmalen Realitätsausschnitt der finalen Handlungslehre weit übersteigend – auf

---

[10] *Lampe*, in: Hirsch-FS 1999, S. 83, 93.

[11] Zum Adressatenproblem zuletzt *Duttge*, in: Maiwald-FS 2007 [im Erscheinen]; *Hörnle*, in: Schünemann-Symposium 2005, S, 105 ff.

[12] *Jakobs*, in: Welzel-FS 1974, S. 307.

[13] Vgl. im Überblick *Roxin* (o. Fn 5), § 7 Rn 26 ff.; ausf. *Schünemann* (o. Fn 5), S. 45 ff.

[14] *Schünemann*, in: Roxin-FS 2001, S. 1, 13.

[15] *Schünemann*, in: ders./de Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts (Coimbra-Symposium für Claus Roxin), 1994, S. 149, 151; siehe jüngst auch *Cerezo Mir*, in: Eser-FS 2005, S. 101 ff.

[16] Z.B. *Welzel* (o. Fn 8), S. 4: „Die finale Struktur des menschlichen Handelns ist für die strafrechtlichen Normen schlechthin konstitutiv“.

[17] *Roxin*, in: Lampe-FS 2003, S. 423, 437.

[18] *Roxin* ebd., S. 428 f.

die jeweiligen Lebenserscheinungen „einlasse“[19], also eine Struktur von solcher Art aufweise, dass – so *Bernd Schünemann* – „normative Urteile immer schon auf die Wirklichkeit bezogen“ und daher Konflikte oder Widersprüche zumeist schon von vornherein ausgeschlossen seien.[20]

Dieses – auffallend in der jüngeren Vergangenheit gezeichnete – „Selbstbildnis“ erweist sich allerdings bei näherer Prüfung als Fata Morgana, die bezogen auf den aktuellen Stand der Strafrechtsdogmatik die eigentlichen Grundfesten jenes Theoriegebäudes eher zu verdecken geeignet ist, gemessen nicht zuletzt auch an jenem, was uns die Protagonisten an anderer Stelle selbst als Essenz ihrer Position dargelegt haben: So stellt sich *Roxin* in seinem großen Lehrbuch (auch in der aktuellsten Auflage) dezidiert in die Tradition neukantianischer und neuhegelianischer Ansätze, die es weiterzuführen gelte, indem die seinerzeit „etwas vage Orientierung an Kulturwerten [nunmehr] durch einen spezifisch strafrechtlichen Systematisierungsmaßstab“ ersetzt werde, im Kern hervorgehend aus den „kriminalpolitischen Grundlagen der modernen Strafzwecklehre“[21]. In „fruchtbarer Fortentwicklung des im Werterelativismus versandeten Neukantianismus“ müsse die strafrechtliche Systembildung – so *Schünemann* in seiner grundlegenden strafrechtssystematischen Abhandlung aus dem Jahre 1984 – in letzter Konsequenz „ausschließlich von strafrechtlichen Zwecksetzungen geleitet sein“[22]. Für die zentral bedeutsame Trennlinie zwischen „Unrecht“ und „Schuld“, einer Unterscheidung, die *Welzel* bekanntlich als „wichtigsten dogmatischen Fortschritt der letzten zwei bis drei Menschenalter“ ansah,[23] hat diese Bezugnahme auf eine dezidiert normative „Außenperspektive“ jedoch der Sache nach eine weit reichende Ent-Personalisierung zur Folge, und zwar dergestalt, dass der Kategorie des „Unrechts“ nun der „Leitwert“ strafrechtlich relevanter „Sozialschädlichkeit“ allein in ihrer objektiven Ausprägung und erst der „Schuld“ die individuelle Vermeidbarkeit zugeordnet wird. *Schünemann* formuliert in aller nötigen Klarheit: Aus den bekannten Strafzwecken folgen als die

---

[19] Ebd.

[20] *Schünemann*, in: Roxin-FS 2001, S. 1, 30: „Normativistische und ontologisierende Betrachtung stehen … in einem Ergänzungsverhältnis zueinander und greifen wie Zahnräder ineinander, weil der unzweifelhaft normative Ausgangspunkt zwar darüber entscheidet, welche Realitätsstrukturen rechtlich relevant sind, weil aber zugleich bei der weiteren Entfaltung und Konkretisierung der normativen Prinzipien auf die Feinstruktur der normativ für relevant erklärten Realitätsschicht Rücksicht genommen werden muss“.

[21] *Roxin* (o. Fn 5), § 7 Rn 27.

[22] *Schünemann* (o. Fn 5), S. 47 und 55: „…muss nach neukantianischem und zweckrationalem Denken ein Wert oder ein Zweck … den Ausgangspunkt bilden“; siehe auch S. 51: „Das hier sog. zweckrationale Systemdenken hat … die Weichen für eine tiefgreifende Veränderung des Strafrechtssystems gestellt, die durch eine vollständig Abkehr vom sachlogischen Denken des Finalismus gekennzeichnet und als eine *Fortentwicklung des Neukantianismus* anzusehen ist, mit dem der moderne Zweckrationalismus die Ableitung der Systemstufen aus den leitenden Wert- und Zwecksetzungen gemein hat…“; S. 68: „Fruchtbarkeit und Dynamik der hierin liegenden *Re-Normativierung* des strafrechtswissenschaftlichen Denkens“.

[23] *Welzel*, JuS 1966, 421; siehe zuletzt *Frisch*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 159, 165: „eine der wichtigsten Entdeckungen“.

beiden unterschiedlichen Bewertungsperspektiven „mit Notwendigkeit … einmal der aus der Sozialschädlichkeit resultierende, die Opferperspektive akzentuierende *Unwert der Tat* und sodann jene *die Täterperspektive* akzentuierende individuelle Vermeidbarkeit und deshalb Vorwerfbarkeit“[24].

Seit den wegweisenden, nach einer „konsequent personalen Unrechtstheorie“ strebenden Überlegungen *Harro Ottos* wissen wir aber, dass sich dieser Perspektivenwechsel mit dem Wechsel der Großkonzeptionen im letzten Jahrhundert strafrechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung deckt: dass also insbesondere die Bestimmung des Unrechts vom Verletzten her doch Kennzeichen der alten, rein „objektiven Unrechtslehre“ war,[25] die sich gänzlich vom Täter löste und in der Lage gewesen wäre, selbst Naturereignisse als „rechtswidrige Erfolge“ auszuweisen. Ein derartiger „Kausalmonismus“ ist selbstredend auch dem modernen Zweckrationalismus ein „rotes Tuch“, der sich mit seinen Bemühungen um Etablierung einer vollständig ausdifferenzierten Lehre der – freilich „objektiven“[26] – „Zurechnung“ gerade einer präziseren Kennzeichnung des *strafrechtlich relevanten Unrechts* verschrieben hat. Mit Ersetzung der bei *Honig* noch an der Faktizität des Könnens, nämlich an der durch willensgesteuerte Beherrschbarkeit des Kausalverlaufs orientierten „objektiven Bezweckbarkeit“[27] durch das dezidiert normative Kriterium der „rechtlich mißbilligten Risikoschaffung“[28] ist aber vollkommen unklar geworden, ob die „Zurechnung“ des tatbestandlichen Erfolges „als eigenes Werk“ tatsächlich noch auf den Täter in seiner konkreten Gestalt rückbezogen ist oder nicht vielmehr nur dem rechtlich Gesollten unter dem Schleier virtueller Maßfiguren[29] „pseudo-personal“ Ausdruck verleihen will.

Das zugegeben nur in sehr komprimierter und zugespitzter Form angerissene Problem lässt sich in seiner Grundsätzlichkeit noch aus anderem Blickwinkel beleuchten, anhand einer sehr verbreiteten Argumentationsweise: Auch *Hans-Joachim*

---

[24] *Schünemann* (o. Fn 15), S. 159 f.

[25] *Otto*, ZStW 87 (1975), 539, 541.

[26] Erst neuerdings tritt zaghaft die Frage nach der „subjektiven Seite der objektiven Zurechnung“ ins Blickfeld, dazu *Arzt*, in: Schlüchter-GS 2002, S. 163 ff.

[27] Frank-FG I 1930, S. 174 ff., insbes. S. 183 f.: „Soweit der Mensch fähig ist, die Wirkungen eines bestimmten Verhaltens vorauszusehen, und soweit er weiter fähig ist, diese Wirkungen durch entsprechendes Verhalten herbeizuführen bzw. durch entgegengesetztes Verhalten zu verhindern, soweit reicht die Möglichkeit seiner Urheberschaft, und insoweit ist er nicht nur das erste Glied einer Kette von Ursachen und Wirkungen, sondern deren gestaltendes Prinzip“, sowie ebd., S. 188: „Rechtserheblich ist ein für den Erfolg kausales Verhalten nur dann, wenn es im Hinblick auf die Bewirkung bzw. Vermeidung des Erfolges als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann“.

[28] Sorgfältige dogmengeschichtliche und strafrechtssystematische Analyse bei *Maiwald*, in: Miyazawa-FS 1995, S. 465 ff.; zur „Vermengung“ der Zurechnung einer Außenweltveränderung mit der Verletzung der rechtlichen Verhaltensordnung (d.h. mit tatbestandsmäßigen Verhalten) eingehend auch *Frisch*, GA 2003, 719 ff.; für eine Beschränkung des Zurechnungsfilters auf „nicht superveniente Folgen“ *Hilgendorf*, in: Weber-FS 2004, S. 33, 46.

[29] Zur Kritik näher *Duttge*, in: Kohlmann-FS 2003, S. 13, 31 m.w.N. sowie in: Maiwald-FS 2007 [im Erscheinen]; zuletzt auch *Ciacchi*, Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich, 2005, S. 86 passim.

Rudolphi[30], ein weiterer die objektive Zurechnungslehre maßgeblich prägender Autor, geht vom Bestehen strafrechtlicher *Verhaltens*normen aus und sieht deren Zweckbestimmung in der Vermeidung von Rechtsgutsbeeinträchtigungen „durch menschliches Verhalten", in ihrer Zielrichtung an alle Bürger adressiert. Dieser abstrakt-generelle Charakter einer jeden Verhaltensnorm dient ihm sodann als Anknüpfungspunkt für die Schlussfolgerung, „dass Gegenstand der strafrechtlichen Verbote und Gebote stets nur dasjenige sein kann, was *dem Menschen überhaupt* prinzipiell möglich ist, zu tun oder zu unterlassen". Normadressat sei demzufolge – ich zitiere wörtlich – „der Mensch nicht in seiner jeweiligen Individualität, sondern allein seiner allgemeinen Natur nach als zur Selbstbestimmung und Beherrschung des Kausalgeschehens fähiges, vernünftiges Wesen", oder synonym: „nicht der besondere konkrete Mensch, sondern der abstrakte Begriff eines Menschen von normaler Fähigkeit…"[31]. Es sollte jedoch die Einsicht nicht schwer fallen, dass ein „abstrakter Begriff"[32] kaum sinnvoller Adressat eines Ge- oder Verbots sein kann, sofern hiermit wirklich verhaltenssteuernde Effekte im lebensweltlichen Raum bezweckt sind. Schon gar nicht lässt sich begreifen, wie derartige Sollenssätze noch auf die Strafzwecke der positiven General- oder Spezialprävention gerichtet sein können, von einer schuldangemessenen Tatvergeltung ganz abgesehen. Wie *Schünemann* treffend formuliert hat: „Weil kein Mensch von etwas anderem als von seinem eigenen Wissen und seinen eigenen Erkenntniskräften Gebrauch machen kann, wäre es generalpräventiv sinnlos, die Verhaltensnorm ab ovo von der Wissensbasis irgendeines gedachten optimalen Beobachters aus zu konstruieren"[33]. M.a.W. verkommt die Legitimationsbasis solchen Strafens in letzter Konsequenz zu einem Rechtsgüterschutz allein durch Androhung und Ausübung hoheitlichen Zwangs, der einzelne Bürger zu einer „bloßen Maschine für den Abschreckungsgesetzgeber" und die Unrechtslehre zu einer „reinen Rechtssicherheitslehre".[34]

Die in diesem Zusammenhang häufig artikulierte Sorge vor dem Verlust jedweden „objektiven" Bewertungsmaßstabs bei individualisierender Fassung der jeweiligen Verhaltensnorm[35] übersieht die unvermeidliche Konkretisierungsbe-

---

[30] Das Folgende ist entnommen aus: *Rudolphi*, in: Schünemann (o. Fn 5), S. 69 ff.

[31] *Rudolphi* ebd., S. 76.

[32] Interessante Querverbindungen zu *Hegels* „abstrakter Person" (Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 35, 36) können im vorliegenden Rahmen nicht weiterverfolgt werden.

[33] *Schünemann*, GA 1999, 207, 216 f.; bemerkenswerterweise (s. Text) auch *Rudolphi* (o. Rn 30), S. 79: „Als general- und spezialpräventives Mittel ist die Strafe nur zur Bekämpfung oder zur Auslösung solcher körperliche Aktionen geeignet, die *dem individuellen Täter* (!) auf Grund seiner Fähigkeit, sein äußeres Verhalten zu steuern, möglich sind".

[34] *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II: Schuld und Vorsatz, 1877, § 68.

[35] Z.B. *Schünemann* (o. Fn 15), S. 165 (abw. jetzt aber in: GA 1999, 207, 217 Fn 42); zuletzt *Ciacchi* (o. Fn 29), S. 77 f.; dagegen überzeugend *Pfefferkorn*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht, 2006, S. 223 f., wonach „auch ein am Leistungsvermögen des einzelnen ausgerichtetes Unrechtsverdikt einen objektiven, im generellen Schädigungsverbot liegenden Bewertungsgehalt hat, an dem sich jeder einzelne seinen eigenen Erkenntnis- und Leistungsfähigkeiten gemäß orientieren kann (und daher auch zu orientieren hat)".

dürftigkeit einer jeden abstrakt-generellen, stets nur auf die „Normalität des Durchschnittsbürgers“ bezogenen Norm,[36] bevor diese im lebensweltlichen Kontext relevant werden kann, und beruht zudem auf einer unzulässigen Vermischung der logischen Ebenen: Denn die „Objektivität“ des Gesollten wird keineswegs schon dadurch in Frage gestellt, dass sein Gegenstand individuelle Gegebenheiten aufweist oder der betreffende – rechtlich als relevant ausgewiesene – Sachverhaltsausschnitt aus individueller Perspektive betrachtet werden muss.[37] In den treffenden Worten *Lampes*: „Nicht das Unrecht gerät in den Täter, sondern der Täter gerät ins Unrecht“[38]. Dementsprechend führt auch ein individualisierendes Fahrlässigkeitsverständnis selbstredend zu einer „objektiven“ Forderung, in der kürzestmöglichsten Formulierung nach *Binding*: „Vermeide, soweit du kannst“[39]. Es darf somit nicht die Regelungsebene mit der ganz anderen verwechselt werden, auf der allein strafbares Unrecht vorkommen und – natürlich anhand rechtlicher, mithin „objektiv“ Vorgaben – festgestellt werden kann: der Handlungsebene. Pflichtwidriges Verhalten ist aber per se nur das einer konkreten Person, ist also „persönlicher Verstoß des Täters gegen den Rechtsfrieden der Gemeinschaft“[40]. Von personalem Unrecht kann daher erst dann die Rede sein, wenn nicht schon das ungewertete Verhalten als solches, sondern gerade die Pflichtwidrigkeit „personal zurechenbar“ ist. Erklärt die vorherrschende Verbrechenskonzeption dagegen die fundamentale Differenz von Unrecht und Schuld in der Weise, dass das Unrecht ein Unwerturteil allein über die Tat und erst die Schuld ein solches über den Täter ausdrücke,[41] so liegt darin ein Rückfall in die „vor-finalistische“ Zeit, in der die subjektiven Unrechtselemente lediglich als rätselhafte Ausnahmen zur ansonsten zugrunde gelegten objektiven Unrechtsauffassung erschienen.[42]

---

[36] Zutr. hervorgehoben von *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967, S. 77: „Gewiss spielt wie für jedes Werturteil … das normative Leitbild eine Rolle. Aber dieses normative Leitbild passt eben auch nur auf den normalen Menschen. Soll das Verhalten eines konkreten Menschen beurteilt werden, so muss berücksichtigt werden, inwieweit er von der vorausgesetzten Norm (= Normalität) des Durchschnittsbürgers abweicht und inwieweit infolgedessen die an ihn zu stellenden normativen Anforderungen von den normalen abzuweichen haben“.

[37] Dazu grdl. *Schild*, in: Verdross-FS 1980, S: 215 ff., insbes. S. 218 f., 229 f.

[38] *Lampe* (o. Fn 36), S. 207 f.

[39] *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV: Die Fahrlässigkeit, 1919, § 294 II (= S. 516 f.); zur Individualisierung des Fahrlässigkeitsunrechts näher *Duttge*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. I, 2003, § 15 Rn 94 ff., sowie ausf. in: Maiwald-FS 2007 [im Erscheinen].

[40] *Lampe* (o. Fn 36), S. 227.

[41] Siehe o. bei Fn 24.

[42] Treffend jüngst *Pawlik*, in: Otto-FS 2007, S. 133, 135 f.: Das Verhältnis von Unrecht und Schuld als Beziehung von generellem Sollen und individuellem Können zu begreifen, „steht dem naturalistischen Verbrechensverständnis Lisztscher Prägung näher, als die Vertreter [einer solchen Verhältnisbestimmung] es beabsichtigen“; weiterhin auch *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, 2007, S. 263: „…lebt die klassische Verbrechenslehre … bis heute fort“.

3

Mancher wird einwenden, dass die Fortschreibung der klassischen Dichotomie von Tat und Täter[43] bzw. objektivem „Sollen" und subjektivem „Können" vielleicht nur von verbaler Natur sei, eine Personalisierung der Unrechtslehre sich aber ungeachtet aller missverständlichen Formulierungen womöglich in der Sache längst durchgesetzt habe. Schon ein nur kursorischer Blick auf die vorherrschende Fahrlässigkeitsdogmatik würde uns jedoch rasch vom Gegenteil überzeugen.[44] Noch prinzipieller und gewichtiger sind aber die Zweifel an einer solchermaßen freundlich-apologetischen Deutung, wenn die Fundamente jenes unbescheiden als Anbeginn einer „neuen Epoche"[45] gefeierten Grundverständnisses näher beleuchtet werden: Die bereits erwähnte Lehre der „objektiven Zurechnung" – bekanntlich nicht weniger als das „Kernstück" des „zweckrationalen Strafrechtssystems"[46] – weist in ihren verschiedenen Fallgruppen[47] eine auffallende Vielzahl hochnormativer („objektiver") Topoi auf – man denke nur an das „erlaubte Risiko" (samt der besonders umstrittenen Frage der Relevanz „konkreter Sondernormen")[48], den Zurechnungsausschluss qua „Risikoverringerung"[49] oder den sog. „Schutzzweckzusammenhang"[50] – und kann sich nur mit Mühe dem Vorwurf der Systemwidrigkeit erwehren, wenn vereinzelt doch einmal der „Vorgriff auf Kenntnisse und Erfahrungen des Täters" zugelassen wird wie insbesondere mit der Anerkennung von „Sonderwissen"[51]. Ansätze, die in stärkerem Maße und rechtsgrundsätzlicher eine „subjektive Seite der objektiven Zurechnung"[52] auszumachen

---

43 Zur verfahrensrechtlichen Trennung des alten Inquisitionsprozesses in die tatbezogene General- sowie täterbezogene Spezialprävention vgl. *Ambos*, ZIS 2006, 464 m.w.N.

44 Näher *Duttge*, in: Maiwald-FS 2007 [im Erscheinen]; umfassender Überblick zum Stand der Fahrlässigkeitsdogmatik: *Duttge* (o. Fn 9), S. 40 ff., 91 ff., 108 ff.; aufschlussreich jüngst *Puppe*, in: Otto-FS 2007, S. 389, 396: „Vollends versagt die Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand bei der Fahrlässigkeit, denn die Sorgfaltspflicht … wird auch durch sein persönliches Wissen mitbestimmt".

45 *Schünemann* (o. Fn 6), Vorwort S. VII.

46 *Roxin* (o. Fn 5), § 7 Rn 28, der außerdem – als weiteres „Kernstück" – noch die Erweiterung der „Schuld" zu einer Kategorie der „Verantwortlichkeit" nennt (Rn 29); siehe auch *ders.*, in: Lampe-FS 2003, S. 423, 434: objektive Zurechnung als „Rückgrat des strafrechtlichen Unrechts".

47 Vgl. näher *Roxin* (o. Fn 5), § 11 Rn 44 ff.

48 Dazu einerseits *Herzberg*, GA 2001, 568, 569, 574; *ders.*, NStZ 2004, 660, 666 f.; *Kudlich*, in: Otto-FS 2007, S. 373 ff.; andererseits MK-*Duttge* (o. Fn 39), § 15 Rn 112 ff.; *Otto*, in: Schlüchter-GS 2002, S. 77, 89; *Pfefferkorn* (o. Fn), S. 216 f.; *Weigend*, in: Gössel-FS 2002, S. 129, 132 f.; siehe auch *Schünemann*, in: Rudolphi-FS 2004, S. 297, 304.

49 Zu dem dogmengeschichtlich begegnenden bunten „Strauß" an Begründungsansätzen vgl. jüngst *Schroeder*, in: Schünemann-Symposium 2005, S. 151 ff.

50 Mit einem „vernichtenden Urteil": *Degener*, „Die Lehre vom Schutzzweck der Norm" und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, 2001, S. 511; abl. auch *Hardtung*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. III, 2003,§ 222 Rn 8;

51 Dazu jüngst grdl. *Sacher*, Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, 2006.

52 *Arzt*, in: Schlüchter-GS 2002, S. 163 ff.; *Greco*, ZStW 117 (2005), 519 ff.

suchen, haben sich jedenfalls bisher noch nicht durchsetzen können. Vielmehr gilt das, was ein profunder Kenner und Beobachter der deutschen Strafrechtsdogmatik erst unlängst festgestellt hat: Der Entwicklung der letzten dreißig Jahre ist ein dezidiert normativistischer Zug eigen.[53]

Es lässt sich die Divergenz zu einer wahrhaftig personalen Unrechtslehre aber auch anhand der in Deutschland aktuell diskutierten Frage veranschaulichen, inwieweit das bewusste Eingehen von Risiken durch das Opfer die Erfolgszurechnung sperrt – strafrechtsdogmatisch gesprochen also die Frage nach dem Anwendungsbereich von „einverständlicher Fremdgefährdung" bzw. „eigenverantwortlicher Selbstgefährdung"[54]. Während letztere etwa in Fällen des tödlichen Eigenkonsums von Rauschgift auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung als zurechnungshindernde Konstellation anerkannt wird,[55] ist bei der „einverständlichen Fremdgefährdung" – also in Fällen etwa der Mitfahrt im Pkw eines anderen – umstritten, ob auch diese den Zurechnungszusammenhang unterbricht, d.h. die Verursachung des schädlichen Erfolges durch den Fremdverursacher mit Blick auf dessen Verantwortlichkeit als erlaubte Tat ausweisen kann. Wer sich hier nun auf das hochnormative und daher ausnehmend konkretisierungsbedürftige „Autonomieprinzip" (… der „Eigenverantwortlichkeit" o.ä.)[56] beschränkt und den lebensweltlichen Verhältnissen – insbesondere der Frage nach einer faktischen „Beherrschung" jener dem Schadensereignis vorausgehenden Risikosituation – keine Bedeutung beimisst, wird unweigerlich zu einer weit reichenden oder gar vollständigen Gleichstellung beider Rechtsfiguren kommen; nach alledem, was wir eingangs erörtert haben, dürfte es wohl kaum mehr überraschen, dass eben diese Sichtweise jene ist, die etwa – aber nicht nur – auch von *Roxin*[57] für die zutreffende gehalten wird. Ich dagegen erkenne darin eine Nivellierung der lebensweltlichen Unterschiede und nicht zuletzt ein Verschwinden des Tatsubjekts, auf das ein rechtsgutsverletzendes Geschehen stets zurückgeführt werden muss. Dass mit der Ablehnung des (freilich ebenso diffusen und gerne übernormativierten) „Tatherrschaftskriteriums" zugleich der Weg zu einer weiterreichenden Übertragung der Beteiligungslehre auf das Verhältnis zum Tatopfer versperrt ist, also unter Ein-

[53] *Mir Puig*, in: Schünemann-Symposium 2005, S. 77, unter Verweis auf *Roxin* und *Jakobs*; *Schünemann* spricht in gleicher Weise von einer „umfassende(n) Re-Normativierung des strafrechtssystematischen Denkens" seit Roxins programmatischer Studie „Kriminalpolitik und Strafrechtssystem" (in: Schmitt-FS 1992, S. 117, 125).

[54] Zuletzt *Beulke* und *Duttge*, jew. in: Otto-FS 2007 (S. 207 ff. bzw. S. 227 ff.).

[55] Vgl. BGHSt 32, 262 ff.; BGH NJW 2000, 2286, 2287.

[56] Vgl. *Hellmann*, in: Roxin-FS 2001, S. 271, 283 f.; siehe auch *Otto*, in: Tröndle-FS 1989, S. 157: „Grundsatz der Selbstverantwortung".

[57] In: Strafrecht Allgemeiner Teil (o. Fn 5), § 11 Rn 123 f.: Gleichstehen mit einer Selbstgefährdung „unter dem Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit"; jüngst auch *Beulke*, in: Otto-FS 2007, S. 207 ff., 217: Wolle man mit dem „Grundsatz der Selbstverantwortung" Ernst machen, so führe kein Weg daran vorbei, dass die freiverantwortliche Selbstgefährdung und die einverständliche Fremdgefährdung gleich zu behandeln seien.

schluss auch der funktionalen und der Wissens- oder Willensherrschaft,[58] sei nur am Rande notiert.

4

Das abschließende Fazit fällt daher einigermaßen ernüchternd aus: Auf der Basis des „modernen" („kriminalpolitischen") Strafrechtskonzepts zeigt sich bestenfalls eine *verkürzte* personale Unrechtslehre[59], die anfällig ist, den konkreten Menschen *prinzipiell* aus den Augen zu verlieren, was mit dem „Menschenbild unserer Verfassung" (vgl. Art. 1 ff. GG) wohl kaum harmoniert.[60] Hieraus erwächst umstandslos die Forderung, die „Personalisierung" – oder besser: Individualisierung – des Unrechts endlich zu vollenden, mithin den einst eingeschlagenen Weg weiterzugehen und nicht länger Um- oder gar Abwegen zu folgen. Dazu bedarf es jedoch der Einbeziehung eines weit größeren Kreises von konkret-situativen und täterbezogenen Tatumständen als lediglich der planvollen und „zwecktätigen" Willensbetätigung, wie noch die finale Handlungslehre meinte.[61] Mit ihr ist also lediglich der Anfang gesetzt, der weiter ausgebaut werden muss; hierin zeigt sich der zutreffende Kern der neuerdings von *Hilgendorf* bemerkenswert erhobenen Forderung nach einer stärkeren Berücksichtigung *moderner* „naturalistischer" Lehren im Recht.[62]

Die Straftat ist – so treffend *Mir Puig* – eben „nicht *nur* eine rechtlich-normative Konstruktion, sondern ein Handeln der empirischen, physischen und sozialen Welt, der das Recht eine spezifisch bewertende Bedeutung zuweist; (…) auch wenn … jede Strafrechtstheorie auf Werte bezogen ist und die Einnahme normativer Positionen bedeutet, muss sie in der empirischen und sozialen Realität eine objektive Grundlage finden, die einerseits die intersubjektive Diskussion ihrer Bewertung erleichtert und andererseits die Türen für ein angemessenes Einwirken des Strafrechts auf die Realität öffnet"[63]. Dabei darf natürlich nicht aufs neue das Kind mit dem Bade ausgeschüttet werden; vielmehr gilt mit ungebrochener Aktualität die schon vor mehr als einem halben Jahrhundert von *Karl Engisch* ausgesprochene Mahnung, wonach das dem Recht zugehörige Bild der „Welt" von beiden Arten möglicher Verfälschung reingehalten werden müsse: von der rein normativ-

---

58 Dazu näher *Duttge*, in: Otto-FS 2007, S. 227 ff.

59 Im Lichte einer im Vergleich zur „modernen" Konzeption wesentlich weiter reichenden Individualisierung offen eingeräumt von *Otto*, ZStW 87 (1975), 539, 573.

60 *Roxin* betont sehr zu Recht: „In einer rechtsstaatlichen Demokratie … dürfen strafrechtliche Normen nur den Zweck verfolgen, den Bürgern eine friedliche und freiheitliche Koexistenz unter Gewährleistung aller Menschenrechte zu sichern" (in: Schünemann-Symposium 2005, S. 135, 138).

61 Vgl. z.B. *Welzel* (o. Fn 8), S. 1 ff.

62 Näher *Hilgendorf*, in: Lampe-FS 2003, S. 285 ff. sowie in: Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 11 (2003), S. 83 ff.

63 *Mir Puig*, in: Schünemann-Symposium 2005, S. 77, 103; siehe auch *Hirsch*, in: Androulakis-FS 2003, S. 225, 233.

istischen ebenso wie von einer übermäßig naturalistischen Grundhaltung.[64] Worin das richtige „Mischungsverhältnis“ und infolgedessen die neue Trennlinie zwischen Unrecht und Schuld zu finden sein wird, darin liegt eine der zentralen Zukunftsaufgaben strafrechtsdogmatischer Arbeit. Geht man in einer Zeit wachsender Globalisierung und Internationalisierung aller Beziehungsstrukturen, mithin nicht zuletzt auch des Rechts davon aus, dass es in den Grundlagen und zentralen Fragen des (Straf-)Rechts „keine nur deutsche, keine nur japanische, italienische oder andere rein nationale“ Wissenschaft gibt, sondern „nur eine nach allgemeinen wissenschaftlichen Maßstäben ganz oder teilweise richtige oder aber falsche“[65], so zielt die Aufgabenstellung auf die Entwicklung und Entfaltung einer „internationalen Grammatik“[66] zur Beförderung *sach*gerechter strafrechtlicher *Wert*entscheidungen, die deshalb auch nur im internationalen Diskurs bewältigt werden kann – mit dem großen Kriminalisten *Franz von Liszt*: „Die Wissenschaft des Strafrechts ist … als die Klarstellung der allgemeinen Merkmale des Verbrechensbegriffs … notwendig international“[67].

[64] *Engisch*, Vom Weltbild des Juristen, 1950, S. 13 ff.

[65] *Hirsch*, in: Spendel-FS 1992, S. 43, 58.

[66] *Sieber*, ZStW 119 (2007), 1, 52.

[67] *von Liszt*, in: ders. (Hrsg.), Das Strafrecht der Staaten Europas, 1894, S. XXIV; aus der jüngeren Vergangenheit vertiefend zur Internationalisierung des Strafrechts und seiner wissenschaftlichen Bearbeitung: *Hirsch*, ZStW 116 (2004), 835 ff.; *Sieber*, ZStW 119 (2007), 1, 10 ff.: „Auf dem Weg zu einer Theorie der internationalen Strafrechtsintegration“; zur Möglichkeit und Notwendigkeit einer europäischen Strafrechtsdogmatik (und Kriminalpolitik): *Vogel*, GA 2002, 517 ff.

Die wachsende Bedeutung außergerichtlicher Erledigung von Strafverfahren im europäischen Vergleich*

Jörg-Martin Jehle

1 Zur Einleitung: Zwei Fälle

Um die Bedeutung und die Aktualität des Themas zu demonstrieren, möchte ich kurz zwei Fälle schildern:

Fall 1: Vor wenigen Monaten hat das Ende eines Strafverfahrens die Öffentlichkeit erregt. Der Chef der Deutschen Bank, Josef Ackermann, und weitere Angeklagte standen zum zweiten Mal vor dem Düsseldorfer Landgericht, nachdem der Bundesgerichtshof den Freispruch im erstinstanzlichen Strafverfahren aufgehoben hatte[1]. Es ging um Vorwürfe der Untreue im Zusammenhang mit der Übernahme des deutschen Konzerns Mannesmann durch den englischen Konzern Vodafone. Das Verfahren wurde schließlich nach § 153a der deutschen Strafprozessordnung eingestellt, wobei sich Josef Ackermann verpflichtete, einen Betrag von mehreren Millionen Euro für gemeinnützige Zwecke zu zahlen. Das erkennende Gericht und die zustimmende Staatsanwaltschaft hatten offensichtlich die Voraussetzungen dieser strafprozessualen Vorschrift bejaht, wonach die

---

* siehe auch mein Vortrag: Ende des Legalitätsprinzips – Die Lage in Deutschland im europäischen Vergleich; gehalten auf der Jahrestagung der Criminal Law Society of Japan am 28. Mai 2007 in Nagoya. Für die Einladung zum Vortrag auf der Jahrestagung und insbesondere für die Verleihung der Ehrenmitgliedschaft sei der Criminal Law Society of Japan gedankt.

[1] Siehe dazu LG Düsseldorf NJW 2004, 3275; BGH NJW 2006, 522.

Zahlung dieser Geldsumme geeignet sei, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld dem nicht entgegenstehe.

Dieser Ausgang des Verfahrens wurde unterschiedlich kommentiert. In der Öffentlichkeit wurde gerne der alte Spruch des berühmten Humanisten Erasmus von Rotterdam zitiert: „Die Kleinen hängt man und die Großen lässt man laufen." Demgegenüber beeilten sich die Justizsprecher zu betonen, dass dies keine Sonderbehandlung Prominenter sei, vielmehr weit verbreitete Praxis darstelle. Ich will die Besonderheiten des Falles nicht weiter kommentieren. Aber in einem haben die Justizsprecher recht: Weitgehend unbemerkt von der breiten Öffentlichkeit hat sich in den vergangen Jahrzehnten ein radikaler Wandel vollzogen. Immer mehr Verfahren werden eingestellt, immer weniger werden die Verfahren mit einem Urteil abgeschlossen.

Fall 2: Der Topmanager des Volkswagenkonzerns und ehemalige Regierungsberater Peter Hartz war wegen Untreue angeklagt; nach Absprache zwischen Verteidigung, Staatsanwaltschaft und Gericht wurde auf eine umfassende Beweisaufnahme, insbesondere auf die Vernehmung von Zeugen, verzichtet und Peter Hartz wurde aufgrund seines Geständnisses zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt, die zur Bewährung ausgesetzt wurde[2]. Man darf hier durchaus Zweifel hegen, ob die strengen Kriterien des Bundesgerichtshofs an die sogenannten Urteilsabsprachen eingehalten worden sind. Ich komme darauf noch zurück.

2 Das Problem: Die Bewältigung der Massenkriminalität

Nicht nur in Wirtschaftsstrafsachen, sondern ganz allgemein ist die Strafrechtspraxis von Verfahrensvereinfachungen und Verfahrensverkürzungen bestimmt. Nur noch in einer Minderheit der Fälle klagt die Staatsanwaltschaft bei Gericht an; mehrheitlich werden die Verfahren auf andere Weise erledigt. Meine Ausgangsthese ist: Unter dem Druck einer hohen Fallbelastung kommt es zu immer mehr Durchbrechungen des Legalitätsprinzips und des Strafverfolgungszwangs.

Worin hat dies seine Ursache? Wenn man die polizeilichen Zahlen der bekannt gewordenen Straftaten und Tatverdächtigen betrachtet, kann man beobachten, dass über Jahrzehnte hinweg ein enormer Kriminalitätsanstieg in Westeuropa stattgefunden hat, selbst wenn in einigen Ländern die Kriminalitätsraten sich stabilisiert haben oder sogar leicht rückläufig sind seit einigen Jahren. Stark angestiegene Kriminalitätsziffern können auch in Zentral- und Osteuropa für die letzten 15 Jahre beobachtet werden. Insbesondere die sogenannten Massendelikte, das sind vor allem Straßenverkehrsdelikte sowie Eigentums- und Vermögensdelikte, sind stark angestiegen[3]. Ich möchte dies am deutschen Beispiel demonstrieren: Die Ab-

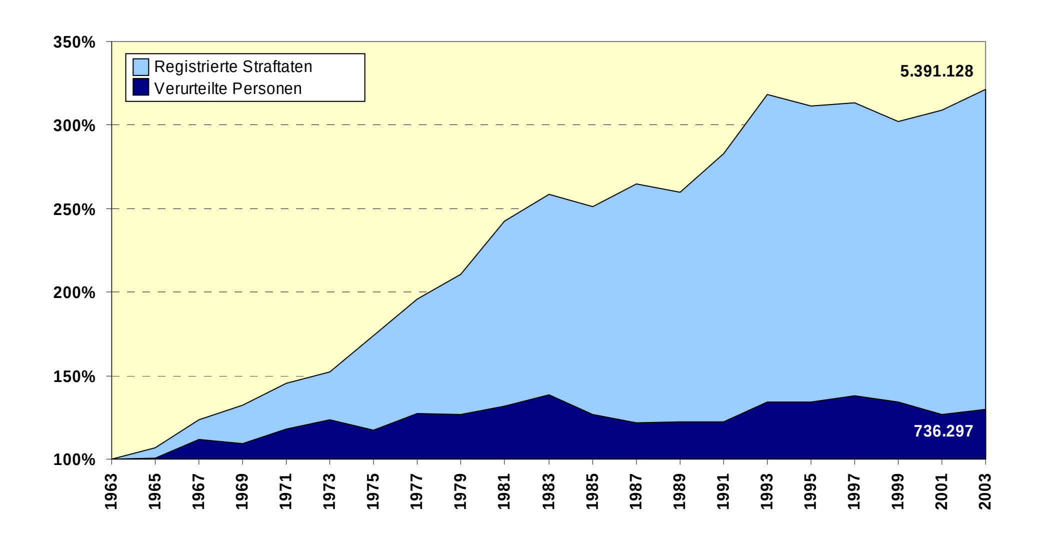
[2]Siehe hierzu Urteil des LG Braunschweig vom 25.01.07 unter http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C35265287_L20.pdf.

[3] Siehe dazu Aebi M et al (2005) European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics (3. Auflage). WODC, Den Haag (abrufbar unter http://www.europeansourcebook.org/esb/).

bildung 1 steigt einen starken Anstieg der polizeilich registrierten Straftaten um mehr als 300 % von dem Ausgangswert im Jahre 1963.

Seit Mitte der 90er Jahre haben sich die Zahlen auf hohem Niveau stabilisiert. Was passiert nun auf der Ebene des Gerichts? Es ist verblüffend zu sehen, dass die Zahlen der Verurteilten – gemessen an ihrem Ausgangswert im Jahr 1963 – sich in den vier Jahrzehnten kaum verändert haben. Dies bedeutet: Zwischen der polizeilichen und der gerichtlichen Ebene müssen sich andere Formen der Erledigung entwickelt haben; das Kriminaljustizsystem hat also gleichsam Ventile geschaffen, um mit der gestiegenen Arbeitsbelastung zurechtzukommen.

Abbildung 1: Registrierte Straftaten und verurteilte Personen 1963-2003 – Früheres Westdeutschland und Berlin*



* Registrierte Straftaten bis 1990 West-Berlin, seit 1991 Gesamt-Berlin; Verurteiltenzahlen bis 1994 West-Berlin, seit 1995 Gesamt-Berlin. Quellen: Polizeiliche Kriminalstatistik der jeweiligen Jahrgänge, herausgegeben vom Bundeskriminalamt Wiesbaden, sowie Strafverfolgungsstatistik der jeweiligen Jahrgänge, herausgegeben vom Statistischen Bundesamt Wiesbaden.

Im Prinzip gibt es drei Möglichkeiten, wie die Kriminaljustizsysteme ein größeres Fallaufkommen bewältigen:

1. In Übereinstimmung mit dem Legalitätsprinzip und dem Strafverfolgungszwang werden alle Fälle, wie bisher, von der Staatsanwaltschaft verfolgt und bei Gericht angeklagt, und der Richter behandelt alle Verfahren in einer mündlichen Hauptverhandlung. Dies würde aber bedeuten, dass das Personal der Staatsanwaltschaften und Gerichte erheblich vergrößert werden müssten.

Dieser Weg, der mit hohen Kosten verbunden ist, ist in keinem Land gewählt worden. Realistisch stehen nur zwei weitere Möglichkeiten offen.

2. Eine materiellrechtliche Entkriminalisierung, z.B. durch Herabstufung kleinerer Verstöße zu Verwaltungsunrecht, also im deutschen Sinn zu Ordnungswidrigkeiten.
3. Beendigung des Strafverfahrens ohne Einschaltung des Gerichts durch die Staatsanwaltschaft und/oder die Polizei sowie vielfältige Formen der Verfahrensvereinfachungen.

Diese Möglichkeiten sollen im Folgenden in einem europäischen Vergleich näher betrachtet werden.

3 Kriminaljustizsysteme im europäischen Vergleich

Meine weiteren Ausführungen beruhen auf einem europäisch vergleichenden Forschungsprojekt. Ausgangspunkt für dieses Projekt war die Arbeit am sogenannten „European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics“, das im Jahr 1996 vom Europarat initiiert worden war und inzwischen in mehreren Auflagen erschienen ist[4]. Bei dieser Arbeit wurde klar, dass die vorgerichtlichen Ebenen des Strafverfahrens eine große Bedeutung besitzen, dass aber gleichzeitig wenig Informationen darüber bestehen, was auf diesen Ebenen tatsächlich geschieht.

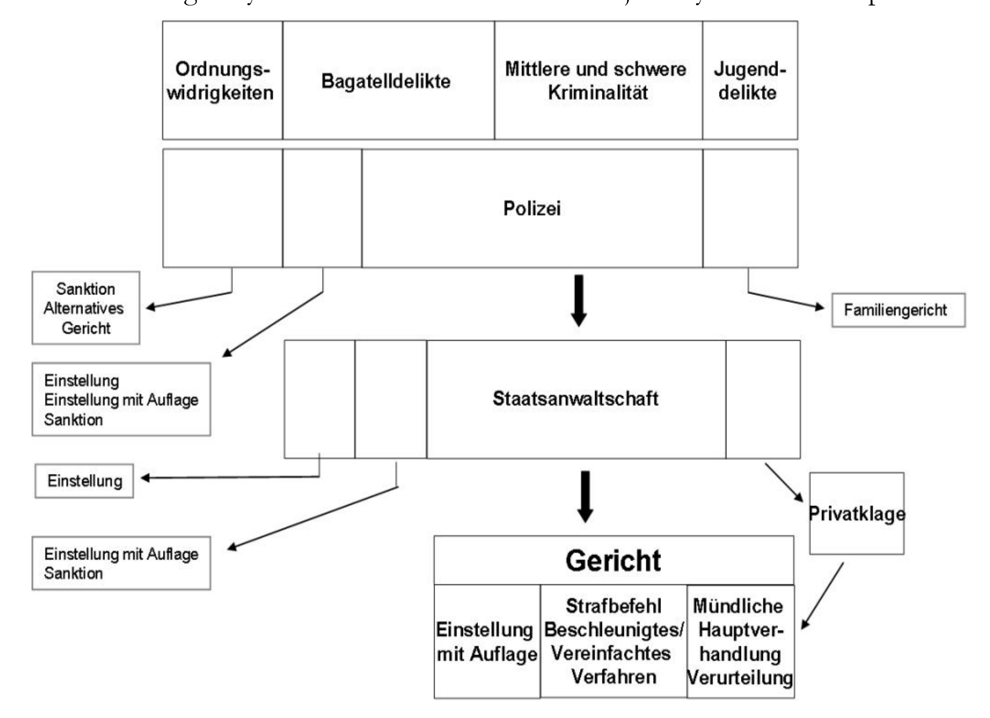
Dieser Mangel soll behoben werden durch das von der Europäischen Kommission geförderte Projekt: Funktion der Staatsanwaltschaft. Eine europäische Vergleichsstudie. Die erste Welle wurde im Herbst 2005 abgeschlossen; Ergebnisse sind bereits veröffentlicht[5]. Dieser Abschnitt umfasst die Länder England und Wales, Frankreich, Deutschland, Niederlande, Polen und Schweden. In der zweiten Welle, die demnächst abgeschlossen ist, sind zusätzlich die Länder Kroatien, Ungarn, Spanien, Schweiz und Türkei mit einbezogen. Im Folgenden möchte ich einige Ergebnisse aus unserer Studie berichten, soweit sie mein heutiges Thema betreffen. Naturgemäß kann ich nicht in Einzelheiten gehen, sondern nur ein relativ grobes Bild skizzieren und dafür benutze ich ein Modell (siehe Abb. 2), das die verschiedenen Stufen der Diversion und Verfahrensbeendigung innerhalb der Kriminaljustizsysteme Europas zeigt. Es ist ein synthetisches Modell, weil es aus den verschiedenen Optionen und Möglichkeiten, wie wir sie in den verschiedenen europäischen Ländern vorfinden, zusammengesetzt ist. Die Abbildung macht zugleich meinen methodischen Standpunkt klar: Die verschiedenen Ebenen des Strafverfahrens und die beteiligten Institutionen müssen als ein zusammenhängendes System betrachtet werden, indem von Stufe zu Stufe eine Selektion von

[4] Siehe Fußnote 3.

[5] Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006.

Fällen stattfindet, so dass am Ende nur noch eine ausgelesene Zahl von Verfahren mit einer Hauptverhandlung und einem Urteil endet[6].

Abbildung 2: Synthetisches Modell der Kriminaljustizsysteme in Europa



4 Entkriminalisierung

Die erste Stufe der Selektion ist die materiellrechtliche Entkriminalisierung. So können minder schwere Verstöße zu Verwaltungsunrecht herabgestuft werden, die dann auch konsequenterweise außerhalb des Kriminaljustizsystems behandelt werden (s. linkes Kästchen). Dies geschieht oft in Bezug auf Verkehrsverstöße. In Deutschland kennen wir die Ordnungswidrigkeiten; vergleichbare Regelungen existieren aber auch in anderen europäischen Ländern (und, wie ich weiß, auch in Japan).

Derselbe Effekt kann aber auch erreicht werden, wenn die Delikte, z.B. kleine Diebstähle, zwar materiellrechtlich Straftaten bleiben, aber verfahrensrechtlich anders behandelt werden und anderen Formen der Sanktionierung zugeführt werden. Hierzu kann man die Verfahrensweisen in den früheren sozialistischen Län-

[6] Siehe näher Jehle, The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice System, in Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006, S. 6.

dern zählen, die den sogenannten Gesellschaftsgerichten Sanktionskompetenz über kleinere Straftaten gaben. Heute gibt es – im neuen rechtsstaatlichen Gewand – immer noch die Möglichkeit, diese Fälle aus dem Kriminaljustizsystem auszuleiten und sie gesonderten Gerichten zuzuführen (wie z.B. in Polen[7]); zum Teil wurden diese Verfahren aber auch aufgehoben. Eine andere Form der Diversion kann in Frankreich beobachtet werden, die sogenannten Contraventions (Übertretungen) der ersten bis vierten Klasse betreffen Verkehrsdelikte und kleinere Fälle der Körperverletzung und werden in summarischen Verfahren von der Polizei (und gegebenenfalls vom Polizeigericht) abgewickelt, scheiden also auch hier vollständig aus dem Kriminaljustizsystem aus[8].

Eine Sonderbehandlung existiert auch hinsichtlich der von Jugendlichen begangenen Straftaten (s. rechtes Kästchen). Entsprechend einer längeren Tradition werden in manchen osteuropäischen Ländern jugendliche Straftäter außerhalb des Kriminaljustizsystems behandelt. Mit Ausnahme von schweren Straftaten übergibt hier die Polizei die Verfahren nicht an die Staatsanwaltschaft, sondern an besondere Gerichte, die man als Familiengerichte bezeichnen könnte[9].

All diese Varianten der Entkriminalisierung und Diversion beziehen die Polizei mit ein, aber nicht als Teil des Kriminaljustizsystems, deshalb wird sie in dieser Hinsicht auch nicht von der Staatsanwaltschaft kontrolliert.

5 Polizeiliche Verfahrenserledigung

Die Polizei spielt in den Ermittlungsverfahren eine entscheidende Rolle. In den meisten Rechtordnungen wird zwar die Staatsanwaltschaft als die Herrin des Ermittlungsverfahrens angesehen – in dem Sinne, dass der Staatsanwalt die Ermittlungstätigkeit der Polizei initiiert und kontrolliert, aber die Wirklichkeit ist meist anders: Mit der Ausnahme von schweren Straftaten wird die Staatsanwaltschaft meist nur sehr oberflächlich oder erst am Ende der Ermittlungen einbezogen[10]. Insofern sind faktisch die Kompetenzen von der Staatsanwaltschaft auf die Polizei verlagert worden. Allerdings wird diese reduzierte staatsanwaltschaftliche Tätigkeit im Ermittlungsverfahren ein Stück dadurch kompensiert, dass klare

[7] Grusczynska et al, The Prosecution Service Function within the Polish Criminal Justice System, in Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006, S. 259.

[8] Aubusson de Cavarley in Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006, S. 199 f.

[9] Grusczynska et al, The Prosecution Service Function within the Polish Criminal Justice System, in Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006, S. 278.

[10] Für Deutschland siehe insbesondere Elsner, Entlastung der Staatsanwaltschaft durch mehr Kompetenzen für die Polizei? Eine deutsch-niederländisch vergleichende Analyse in rechtlicher und rechtstatsächlicher Hinsicht. Dissertation an der Universität Göttingen. Voraussichtliche Veröffentlichung Frühjahr 2008.

Richtlinien für die polizeiliche Ermittlungstätigkeit zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei vereinbart werden.

Darüber hinaus besitzt die Polizei zum Teil aber auch verfahrensbeendende Möglichkeiten. Zwar ist gewöhnlich die Polizei an das Legalitätsprinzip gebunden und verpflichtet, alle ihr bekannt gewordenen Fälle an die Staatsanwaltschaft weiterzuleiten, aber in manchen Ländern kann die Polizei von sich aus die Ermittlungen einstellen, wenn kein Täter gefunden wird oder aber der Tatverdacht nicht hinreichend ist.

In England und Wales kann die Polizei auch Opportunitätsentscheidungen treffen, dass heißt sie kann Verfahren beenden und damit eine Art rechtliche Konsequenz verbinden, die man „Caution“ (Verwarnung) nennt und die als Äquivalent zu einer Verurteilung angesehen wird[11]. In den Niederlanden wurde das sogenannte Transaktions(Transaktie)system etabliert. Es betrifft im Wesentlichen Einstellungen durch die Staatsanwaltschaft, erlaubt aber auch der Polizei, Verfahren entsprechend den generellen Richtlinien des Generalstaatsanwalts zu beenden und Geldauflagen bis zu 350 Euro aufzuerlegen[12]. In Schweden schließlich wird die Polizei als Teil des Kriminaljustizsystems gesehen und kann dort in bestimmten minder schweren Fällen eine Geldstrafe verhängen[13].

6 Erledigungsformen der Staatsanwaltschaft

In den Ländern, in denen wie in Deutschland die Polizei dem Legalitätsprinzip verpflichtet ist, kommt der staatsanwaltschaftlichen Ebene die entscheidende Bedeutung zu, was die Erledigung von Strafverfahren angeht. Im europäischen Vergleich werden drei Grundstrukturen sichtbar[14]:

a. Es gibt Länder, in denen die Staatsanwaltschaft weder die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung noch die Möglichkeit besitzt, irgendwelche Sanktionen dem Straftäter gegenüber anzuordnen. In Übereinstimmung mit einem strikten Legalitätsprinzip hat die Staatsanwaltschaft nur die Funktion die Strafverfahren für die gerichtliche Hauptverhandlung vorzubereiten, kann also das Verfahren allenfalls einstellen bei unbekanntem Straftäter oder mangels Tatverdacht. Dies war vor allem in Osteuropäischen Ländern der Fall, wobei sich

[11] Lewis, The Prosecution Service Function within the British Criminal Justice System, in Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006, S. 167.

[12] Smit, The Prosecution Service Function within the Dutch Criminal Justice System, in Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006, S. 247 f.; hierzu auch Elsner (siehe oben Fußnote 10).

[13] Zila, The Prosecution Service Function within the Swedish Criminal Justice System, in Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006, S. 295.

[14] Vgl. dazu auch Tak, Introduction in Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States Volume I Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2004, S. 8 ff.

allerdings auch dort inzwischen Durchbrechungen dieses Prinzips entwickeln (so z.B. in Polen).

b. In einigen europäischen Ländern besitzt die Staatsanwaltschaft auch die Entscheidungsbefugnis, von der Strafverfolgung abzusehen, wenn kein öffentliches Interesse besteht. Diese Möglichkeit gibt es auch in Deutschland, verbunden mit der geringen Schuld des Täters – eine Möglichkeit, von der vor allem im Jugendstrafrecht reichlich Gebrauch gemacht wird (§ 45 Abs. 1 JGG).

c. Noch weiter gehend haben einige Länder der Staatsanwaltschaft die Kompetenz eingeräumt, Strafverfahren unter der Bedingung einzustellen, dass der Beschuldigte eine Auflage, insbesondere eine Geldauflage, erfüllt. Am ausgeprägtesten findet sich dieses Modell in den Niederlanden mit dem so genannten Transaktie-System[15], aber auch in Deutschland mit dem bereits erwähnten § 153 a StPO[16]. Die Einstellung erfolgt endgültig, wenn der Beschuldigte die Auflage akzeptiert und erfüllt. Da die Auflage in gewisser Weise „freiwillig" erfüllt wird, setzt diese Art von „Sanktionen" keinen Schuldspruch voraus und gilt auch nicht als Bestrafung. Im Ermittlungsverfahren kann die Staatsanwaltschaft nach der deutschen Strafprozessordnung unter bestimmten Voraussetzungen selbständig einstellen, nach Eröffnung des Hauptverfahrens kann das Gericht einstellen.

Der Anwendungsbereich ist in Deutschland und insbesondere in den Niederlanden beträchtlich, die große Masse der Straftaten kann Gegenstand staatsanwaltschaftlicher Einstellung sein. Die relativ unbestimmten gesetzlichen Voraussetzungen, wie Beseitigung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung, sofern die Auflage erfüllt wird, lassen sich kaum als Einschränkung des großen Entscheidungsspielraums für die Staatsanwaltschaft begreifen. In der Praxis gibt es jedoch Richtlinien, die von dem Justizministerium oder dem Generalstaatsanwalt erlassen werden und näher bestimmen, in welchen Fällen regelmäßig eingestellt werden kann[17]. Deshalb muss man, wenn man die Einstellungspraxis zweier Länder vergleicht, nicht nur auf die gesetzliche Formulierung achten, sondern ergänzend die Richtlinien heranziehen.

Gerade weil die gesetzlichen Voraussetzungen wenig bestimmt sind, ist der § 153 a StPO ein Einfallstor für Absprachen, den so genannten Deal[18]. Dass hier die Strafrechtspraxis weit über das hinausgeht, was sich der Gesetzgeber ursprünglich an einstellungsfähigen Fällen vorgestellt hat, zeigt ganz eindringlich der anfangs erwähnte Fall 1. Damit solche Fälle in Zukunft nicht mehr passieren können, ist rechtspolitisch zu fordern, dass der Gesetzgeber die Norm stärker in Sinne einer Einschränkung konkretisiert.

---

[15] Smit, The Prosecution Service Function within the Dutch Criminal Justice System, in Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006, S. 245.

[16] Meyer-Goßner § 153 a StPO, 50. Auflage, Beck München 2007.

[17] Siehe dazu insbesondere Elsner (siehe oben Fußnote 10).

[18] Dazu Erb, Legalität und Opportunität, Berlin 1999, S. 250; Schmidhäuser JZ 73, S. 52.

Es gibt noch eine weitere Möglichkeit für die deutsche Staatsanwaltschaft, ein Strafverfahren zu erledigen: die Verweisung auf die so genannte Privatklage (siehe Abbildung 2 rechtes Kästchen unten). Wenn die Staatsanwaltschaft feststellt, dass es kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung gibt, braucht die Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung nicht selbst weiter zu betreiben, sondern kann die Opfer darauf verweisen, dass sie selbst private Klage bei Gericht erheben[19]. Dies ist vor allem bei den so genannten Antragsdelikten, wie Hausfriedensbruch, Beleidigung, Sachbeschädigung und leichten Körperverletzungen der Fall. Hier kommt also neben der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigtem eine „dritte Partei" ins Spiel, die nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen europäischen Rechtsordnungen zunehmend Einfluss auf den Verlauf des Strafverfahrens nehmen kann. Das kann hier aber nicht näher ausgeführt werden.

Soweit zu den Verfahrenseinstellungen durch die Staatsanwaltschaft, die Durchbrechungen des Strafverfolgungszwangs darstellen. Aber auch *auf gerichtlicher Ebene* gibt es Verfahrensarten, die erheblich vom Idealbild des Strafverfahrens abweichen und bei denen die Staatsanwaltschaft die entscheidenden Weichen stellt. Für Deutschland nenne ich nur die Einstellung mit Auflage nach 153 a StPO im Hauptverfahren, das beschleunigte Verfahren bei Erwachsenen und das vereinfachte Verfahren bei Jugendlichen. Einer besonderen Betrachtung wert sind der Strafbefehl[20] in Deutschland oder äquivalente Formen in anderen europäischen Ländern. Auf der Basis der polizeilichen Ermittlungsarbeit stellt die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt und die verletzten Straftatbestände fest und beantragt eine bestimmte Sanktion, in der Regel eine Geldstrafe. In einem summarischen, rein schriftlichen Verfahren kann das Gericht entweder dem Antrag stattgeben, was in 98 % der Fälle erfolgt[21], oder den Antrag ablehnen; ihn abändern kann es nicht. Die damit verknüpfte Sanktion ist zwar formell eine gerichtliche, funktionell kann man sie aber als staatsanwaltschaftliche bezeichnen, da dem Gericht letztlich nur eine mehr oder weniger formale Kontrolle möglich ist. Im Unterschied zur Einstellung mit Auflage ist der Strafbefehl aber mit einem Schuldspruch verbunden und die verhängte Sanktion ist eine förmliche Kriminalstrafe. Mit dem Strafbefehlsverfahren wird zwar das Legalitätsprinzip nicht verletzt; jedoch entfernt es sich weit vom idealen Strafverfahren, und zentrale Strafprozessprinzipien wie Mündlichkeit und Unmittelbarkeit bleiben auf der Strecke.

Das Strafbefehlsverfahren wird zumeist bei massenhaften Verkehrsdelikten oder einfach gelagerten Vermögens- und Eigentumsdelikten angewandt. Es kann aber auch eine Folge von Absprachen im Strafverfahren zwischen Staatsanwalt-

[19] Meyer-Goßner § 376 StPO Rn. 6, 50. Auflage, München 2007.

[20] Meyer-Goßner Vor § 407 StPO Rn. 1, 50. Auflage, München 2007; Gössel in L/R Vor § 407 Rn. 24 ff. 25. Auflage, Berlin/New York 2001.

[21] Siehe hierzu Elsner/ Peters, The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System, in Jehle/Wade, Coping With Overloaded Criminal Justice Systems, Springer: Heidelberg, New York 2006, S. 219.

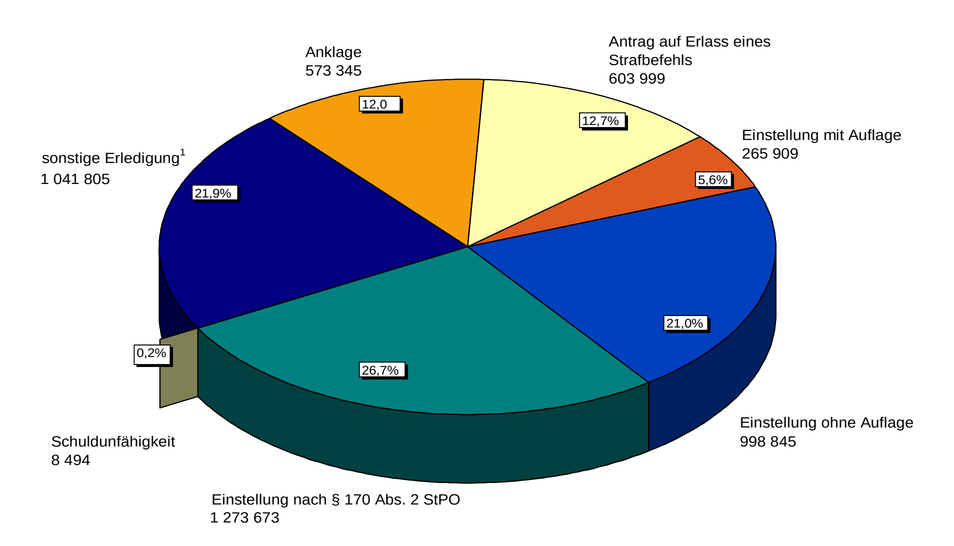
schaft und Verteidigung sein, insbesondere in Fällen von Wirtschaftskriminalität[22]. Hier bietet der Beschuldigte ein Geständnis oder Teilgeständnis an, welches der Staatsanwaltschaft mühsame Ermittlungsarbeit erspart; umgekehrt erspart sich der Beschuldigte eine öffentliche Hauptverhandlung und eine möglicherweise strengere Bestrafung durch ein gerichtliches Urteil. Wie häufig dies in Deutschland geschieht, darüber gibt es leider keine repräsentativen Erkenntnisse.

Zum Abschluss dieses Abschnitts möchte ich Ihnen zeigen, in welchem Maße inzwischen die Strafrechtspraxis in Deutschland von der idealen Form abweicht, wie sie in der Strafprozessordnung niedergeschrieben ist. Zunächst möchte ich Ihnen zeigen, dass die Arbeitsbelastung der einzelnen Staatsanwälte im Verlauf der Jahre gestiegen ist. Wie die Abbildung 3 ausweist, steigt die jährliche Arbeitsbelastung von etwas mehr als 500 im Jahre 1981 auf über 900 Strafverfahren im Jahr 2004; das ist eine Steigerung um etwa 80 Prozent. Das heißt, heutzutage erledigt ein Staatsanwalt durchschnittlich 4 Strafverfahren pro Arbeitstag. Es ist völlig ausgeschlossen sich vorzustellen, dass er in all diesen Fällen die Ermittlungen sorgfältig leitet, eine Anklageschrift fertigt und der Hauptverhandlung bis zum Ende beiwohnt. Vielmehr kann die gestiegene Arbeitsbelastung nur durch Verfahrensvereinfachungen und Verfahrensverkürzung kompensiert werden. Dies drückt sich in den verschiedenen Formen von Verfahrenserledigung aus (siehe Abbildung 4). Hier zeigt sich: das, was die Strafprozessordnung als das ideale und reguläre Verfahren ansieht, ist inzwischen die Ausnahme; nur 12 % der Strafverfahren gelangen zum Gericht auf dem Weg der Anklage. Hinzukommen etwa gleichviel Fälle der Beteiligung des Gerichts im Wege des Strafbefehlsverfahrens. Rund ein Viertel nehmen die Einstellungen mit und ohne Auflage aus Opportunitätsgründen ein. Etwas geringer ist der Anteil der sonstigen Erledigungen, unter denen sich auch der Verweis auf die Privatklage befindet. Schließlich macht ein Viertel der Erledigungen die Einstellung mangels Tatverdacht aus. Selbst wenn man letztere unberücksichtigt ließe und auch die sonstigen Erledigungen ausklammern würde, so wären doch die Strafverfahren, die mittels Anklage zu einer Hauptverhandlung führen, deutlich in der Minderheit. Aus der gesetzlichen Regel ist also in der Praxis die Ausnahme geworden.

---

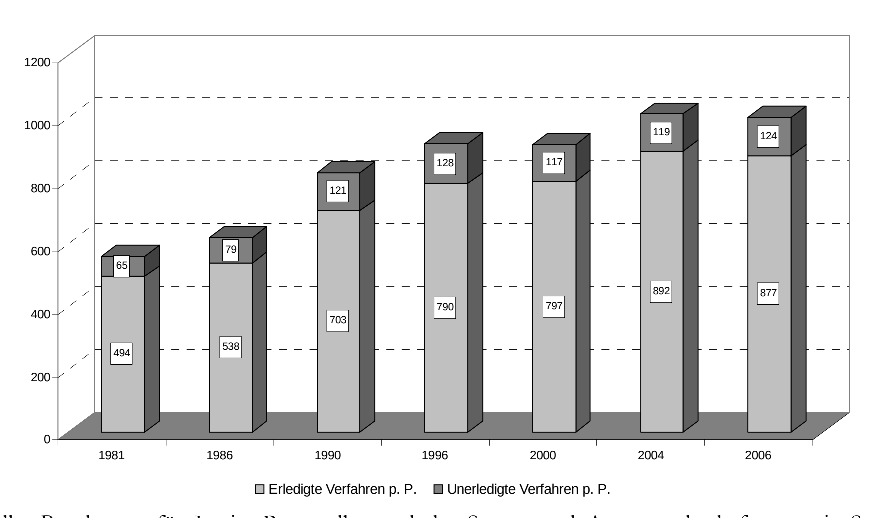
[22] Siehe vor allem Karlsruher Kommentar zur StPO, Einleitung Rn. 29 b wie auch zu § 407 Rn.. 8b, 5. Auflage, München 2003; Landau DRiZ 1995, 134 ff..

Abbildung 3: Erledigungen durch die Staatsanwaltschaft*
– Bundesrepublik Deutschland gesamt –
Erledigte Verfahren insgesamt: 4 766 070



* gezählt werden von der Staatsanwaltschaft beim Landgericht und der Amtsanwaltschaft erledigte Verfahren, nicht Beschuldigte. Quelle: Statistik der Staatsanwaltschaften 2003, hrsg. vom Statistischen Bundesamt Wiesbaden, Tab. 2.2.

Abbildung 4: Arbeitsbelastung von Staats-/Amtsanwälten



Quelle: Bundesamt für Justiz, Personalbestand der Staats- und Amtsanwaltschaften sowie Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Staatsanwaltschaften, Fachserie 10, Reihe 2.6, Tabelle 1.1.

7 Verfahrensverkürzung durch Absprachen

In einem letzten Abschnitt seien noch die Absprachen angesprochen, die letztlich auch zu einer Verkürzung oder Vereinfachung des Verfahrens führen. Ich habe bereits bei den staatsanwaltschaftlichen Einstellungen und bei den Strafbefehlsverfahren auf die Absprachenpraxis hingewiesen; deshalb möchte ich mich im Folgenden auf die Absprachen, die sich mit einem Urteil verbinden, konzentrieren.

Während wir in Deutschland bisher keine gesetzliche Regelung haben, existiert in England eine lange Tradition der so genannten Guilty-plea-Verfahren[23]. Hier profitiert der Beschuldigte, der sich schuldig bekennt, von einer Strafmilderung, weil sein Schuldbekenntnis dazu führt, dass die Beweiserhebung weitgehend entfällt und damit das Verfahren einfacher und kürzer wird. Neuerdings machen sich dem Guilty-plea-Verfahren ähnliche Verfahrensformen auch auf dem Kontinent breit, so insbesondere in Frankreich und in Polen. Deshalb möchte ich Ihnen einen kurzen Vergleich der Rechtsordnungen in England, Frankreich und Polen in Bezug auf das so genannte Guilty-plea-Verfahren vorstellen[24].

Die Abbildung 5 zeigt einen synoptischen Überblick über die Verfahrensarten in England und Wales, Frankreich sowie Polen. In England und Wales[25] (s. linke Spalte) geht die Initiative vom Angeklagten aus: Er bedarf dazu keines Anwalts, muss jedoch hinreichend über die Rechtsfolgen beraten sein. Seine Erklärung muss eindeutig und freiwillig sein. Die Verurteilung erfolgt in einer öffentlichen Sitzung ohne Beweiserhebung. Der Wahrheitsgehalt muss nicht überprüft werden. Es gibt keine gesetzliche Vorschrift über einen Strafrabatt; jedoch besteht aufgrund der Rechtsprechung des Appellationsgerichts eine Tradition, dass der Strafnachlass rund ein Drittel beträgt. Das Guilty-plea-Verfahren ist bei allen Straftaten, auch bei schwersten, möglich und betrifft inzwischen die ganz große Mehrheit der Strafverfahren, sowohl auf der Ebene der unteren Gerichte, des sogenannten Magistrate Court, als auch auf der Ebene der höheren Gerichte, des Crown Court. Beim Magistrate Court werden 75 % der Verfahren im Wege des Guilty-plea abgeschlossen; dieser hohe Anteil muss freilich vor dem Hintergrund gesehen werden, dass es in England staatsanwaltschaftliche Einstellungen oder Strafbefehle nicht gibt. Insofern besteht auf der gerichtlichen Ebene ein hohes Bedürfnis nach einem vereinfachten und schnellen Verfahren.

---

[23] Siehe Aubusson/Lewis/Peters/Sobota Negotiated Case-Settlement, in Sonderheft des European Journal on Criminal Policy and Research (erscheint im April 2008).

[24] Siehe näher Peters, Die Einführung eines konsensualen Urteilsverfahrens in den deutschen Strafprozess – Bewertung deutscher Gesetzgebungstendenzen unter Berücksichtigung europäischer Entwicklungen am Beispiel von England & Wales, Frankreich und Polen – (Diss. jur. noch unveröffentlicht) sowie Aubusson/Lewis/Peters/Sobota Negotiated Case-Settlement (siehe Fußnote 23).

[25] Wie Fußnote 23.

Abbildung 5: Urteilsabsprachen in England, Frankreich und Polen

			EW	FR	PL	
					335 KPK	*387 KPK*
Verfahren ohne Hauptverhandlung				●	●	
Verfahren mit Hauptverhandlung			●			●
Initiative der/des	Staatsanwaltschaft			●	●	
	Angeklagten		●			●
	Gericht					
Eingeschränkter Anwendungsbereich: Deliktsart/Strafdrohung/ Strafausspruch				●	●	●
Verurteilung ohne Beweiserhebung			●	●	●	●
Überprüfung des Wahrheitsgehalts				●	●	●
Verurteil-ung	in einem rein schriftlichen Verfahren					
	in Sitzung o. ä.	öffentlich	●	●		●
		nicht öffentlich			●	
Strafrabatt			●	●	●	(●)
Anwaltszwang				●		
Rechtsmitteleinlegung			●	●	●	●
Verwertungsverbot				●		

In Frankreich (mittlere Spalte) sind die gesetzlichen Regelungen noch ganz neu; sie wurden erst im Jahr 2004 eingeführt, haben sich allerdings recht schnell in der Praxis durchgesetzt[26]. Hier geht die Initiative vom Staatsanwalt aus. Voraussetzung sind ein minder oder allenfalls mittelschweres Delikt und das Schuldeingeständnis des Beschuldigten (plaider coupable). Es besteht Anwaltszwang. Die Staatsanwaltschaft schlägt eine bestimmte Strafe vor, die maximal ein Jahr betragen darf; der Strafrabatt kann maximal die Hälfte der an sich verwirkten Strafe betragen. In einer öffentlichen Anhörung, die aber keine echte Hauptverhandlung ist, trifft der Richter die Entscheidung; er kann dabei nur den Vorschlag der Staatsanwaltschaft übernehmen oder ihn insgesamt ablehnen. Rechtsmittel sind zulässig. Darüber hinaus ist der Betroffene dadurch geschützt, dass sein Schuldeingeständnis bei Scheitern des Verfahrens nicht verwertet werden darf. Verglichen mit dem englischen Verfahren hat hier die Staatsanwaltschaft die entscheidende Funktion und der Richter besitzt nur noch eine Art Kontrollrecht; andererseits sind die Rechte des Beschuldigten durch den Anwaltszwang und das Verwertungsverbots seines Schuldeingeständnisses sehr viel stärker ausgeprägt.

Ebenfalls neu eingeführt bestehen seit dem Jahr 2000 gesetzliche Regelungen in Polen[27], die teilweise im Vorverfahren, teilweise im Hauptverfahren ansetzen. Beide Verfahren laufen auf eine freiwillige Unterwerfung des Betroffenen unter die Strafe hinaus. Bei minder bis mittel schweren Straftaten kann die Staatsanwalt-

[26] Wie Fußnote 23.
[27] Wie Fußnote 23.

schaft bei Gericht einen Antrag stellen, eine mit dem Beschuldigten vereinbarte Strafe zu erlassen. Dabei dürfen keine Zweifel über die Umstände der Tatbegehung bestehen. Die endgültige Entscheidung durch das Gericht erfolgt in einer nichtöffentlichen Sitzung, wobei das Gericht dem staatsanwaltschaftlichen Antrag folgt oder ihn ablehnen, nicht jedoch abändern kann. Es besteht kein Anwaltszwang; die Einlegung von Rechtsmitteln ist zulässig. Funktional gesehen entspricht dieses Verfahren weitgehend dem, was nach der deutschen Strafprozessordnung durch die staatsanwaltschaftliche Einstellung mit Zustimmung des Gerichts erreicht wird. Allerdings ist in Polen die Stellung der Staatsanwaltschaft schwächer und die des Gerichts stärker, es ist keine staatsanwaltschaftliche Opportunitätsentscheidung, sondern eine förmliche gerichtliche Verurteilung – dem deutschen Strafbefehl vergleichbar. Formal bleibt also das Legalitätsprinzip auf staatsanwaltschaftlicher Ebene erhalten, dennoch stellt die Staatsanwaltschaft die entscheidenden Weichen für eine Verfahrensverkürzung.

Ist bereits Anklage erhoben, so kann der Angeklagte selbst die Initiative ergreifen und einen Antrag auf eine bestimmte Strafe stellen. Auch hier besteht kein Anwaltszwang. Voraussetzung ist wiederum, dass keine Zweifel an den Umständen der Tatbegehung bestehen dürfen. Das Gericht kann unter Verzicht auf weitere Beweisaufnahme den Strafantrag annehmen; dagegen können Staatsanwaltschaft und Verletzter widersprechen. Das Gericht ist nicht an die beantragte Strafhöhe gebunden, will es davon abweichen, muss es den Angeklagten aber darauf hinweisen. Lehnt das Gericht den Antrag hingegen ab, wird die reguläre Hauptverhandlung fortgesetzt. Rechtmittel sind in jedem Fall zulässig.

Sowohl die im Vorfahren ansetzende Variante als auch die im Hauptverfahren werden inzwischen breit genutzt: mit jeweils mehr als 100.000 Fällen pro Jahr.

Auch in Deutschland hat sich eine Absprachenpraxis entwickelt. Aber nur bei den Einstellungsvorschriften kann sie an gesetzliche Grundlagen anknüpfen. Urteilsabsprachen haben sich hingegen extra legem entwickelt. Der Bundesgerichtshof[28] hat sich sehr bemüht, Grundsätze aufzustellen, unter welchen Bedingungen Absprachen in der Hauptverhandlung zulässig seien; zugleich hat er an den Gesetzgeber appelliert, diesen Bereich endlich gesetzlich zu regeln. Inzwischen liegen Gesetzentwürfe des Bundesrats[29] und der Bundesregierung[30] vor; welche Gestalt das Gesetz endgültig haben wird, lässt sich derzeit noch nicht absehen. Daher möchte ich Ihnen kurz die Grundsätze des Bundesgerichtshof[31] vorstellen und darauf hinweisen, wo die Gesetzentwürfe davon abweichen.

[28] Insbesondere BGHSt 43, 195-212und BGHSt 50, 40-64.

[29] Gesetzesentwurf des BRat, BT Drs. 16/4197:
http://dip.bundestag.de/btd/16/041/1604197.pdf.

[30] Referentenentwurf des BMJ:
www.bmj.bund.de/files/6588a837df60a539c1d8e09362e44764/1233/RefE%20Verst%C3%A4ndigung.pdf.

[31] BGHSt 43, 195.

1. Zunächst ist wichtig, dass der Deal nicht hinter verschlossener Tür stattfindet, sondern die entscheidenden Schritte in der öffentlichen Hauptverhandlung unter Beteiligung aller Prozessparteien geschehen und protokolliert werden. Die vorgelegten Gesetzentwürfe tragen dem Rechnung, lassen aber Vorgespräche vor und außerhalb der Hauptverhandlung zu. Damit ist die geforderte Transparenz wieder in Gefahr.
2. Grundlage muss ein qualifiziertes glaubhaftes Geständnis des Angeklagten sein.
3. Gegenstand der Verständigung darf nicht die Schuld, sondern nur die Rechtsfolge, die Bestrafung sein. Der Richter kann keine bestimmte Strafe, sondern lediglich eine Strafobergrenze in Aussicht stellen; und die verhängte Strafe muss schuldangemessen sein, darf also die Grenze des noch Schuldangemessenen nicht unterschreiten.
4. Das Gericht ist an die in Aussicht gestellte Strafobergrenze nicht absolut gebunden, darf vielmehr eine höhere Strafe aussprechen, wenn danach neue schwerwiegende Umstände hinzutreten. In diesem Fall darf es auch das Geständnis des Angeklagten verwerten. Ein Verwertungsverbot existiert nicht. Dies ist aus der Sicht des Angeklagten problematisch, weil er sein Geständnis ja gerade im Hinblick auf eine bestimmte Straferwartung abgelegt hat. Erst recht problematisch wird es, wenn die Bindungswirkung der gerichtlichen Urteilsprognose noch stärker gelockert würde, wie es nach den Gesetzentwürfen den Anschein hat.
5. Schließlich darf sich das Gericht im Zusammenhang mit einer Absprache keinen Rechtsmittelverzicht versprechen lassen.

Insgesamt gesehen orientieren sich die Gesetzentwürfe weitgehend an den genannten Grundsätzen des Bundesgerichtshofs. Sie gehen aber in einem entscheidenden Punkt darüber hinaus. Dem Gericht wird eine aktive Rolle zugeschrieben: Es soll schon frühzeitig seine Einschätzung des Verfahrensstands mitteilen und mit den Beteiligten erörtern können. Solche Erörterungen sollen auch „in geeigneten Fällen“ dazu genutzt werden, über den Ausgang des Strafverfahrens eine Verständigung zu suchen.

Ein solches Initiativrecht des Gerichts ist problematisch. Zieht man vergleichend andere Rechtsordnungen heran, wie die eben besprochenen englischen, französischen und polnischen, so zeigt sich, dass es sich hier um einen deutschen Sonderweg handelt. Sollte er Gesetz werden, müssten wir tiefgreifende Auswirkungen auf die richterliche Rolle und das gesamte Hauptverfahren befürchten. Am Ende könnte die klassische mündliche Hauptverhandlung leer laufen und zu einem Reservat für wenige Ausnahmefälle verkommen[32].

---

[32] Zur Kritik dieser Bestrebungen vgl. nur Schünemann Gutachten z. 58. DJT Bd. I B 9; ders. StV 1993, 657; Rönnau, Absprachen im Strafprozess Baden-Baden 1990; ders., FS für Rieß Berlin 2002, S. 595; Pfeiffer StPO 4. Aufl. Einl. 29a ff., Baumann NStZ 1987, 157.

8 Abschließende Thesen

Lassen Sie mich abschließen mit einigen thesenartigen Feststellungen und Schlussfolgerungen:

- Der Druck auf die Kriminaljustizsysteme durch eine hohe Arbeitsbelastung führt zu Strategien der Vereinfachung und Verkürzung von Strafverfahren.
- Das gesetzlich vorgegebene volle Strafverfahren, das die Rechte des Beschuldigten garantiert und mit einem richterlichen Urteil endet, ist zur Ausnahme geworden.
- Deshalb sind die Ziele, die sich mit Strafverfolgungszwang und Legalitätsprinzip verbinden, Gleichheit und Gerechtigkeit, tendenziell bedroht.
- Wenn die strafrechtlichen Reaktionen nicht länger als gerecht und gleichmäßig angesehen werden, wird dies auf mittlere Sicht auch die anderen Ziele, nämlich Individual- und Generalprävention, tangieren.

Daher gilt es:

- zu entkriminalisieren, wo immer lediglich verwaltungsmäßig auf Verstöße reagiert wird. (Denn es macht wenig Sinn, Bagatelldelikte einerseits als Straftaten dem Kriminaljustizsystem zuzuführen und andererseits Wege zu suchen, um ein (volles) Strafverfahren zu vermeiden.)
- die Strafverfolgung durch die Polizei strafjustitiell zu kontrollieren (Der Weg, die Polizei vom Legalitätsprinzip zu entbinden und mit Sanktionsbefugnissen auszustatten, ist ein Irrweg.)
- die verfahrensbeendenden Opportunitätsentscheidungen der Staatsanwaltschaft an präzise gesetzliche Voraussetzungen zu knüpfen
- Absprachen nur in engen Grenzen zuzulassen
- und darüber hinaus keine Abstriche am idealtypischen vollen Strafverfahren zu machen.

Die innerstaatliche Umsetzung („implementation“) des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs

Kai Ambos

1 Einführung

Fragt man nach der innerstaatlichen Umsetzung des – im Jahre 1998 verabschiedeten und 2002 in Kraft getretenen - Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (hiernach: IStGH-Statut)[1], so drängt sich zuallererst die Frage auf, ob sich *spezifische Umsetzungspflichten* aus dem Statut ergeben. Insoweit enthält lediglich Art. 70 Abs. 4 (a) IStGH-Statut[2] eine *explizite* Umsetzungsverpflichtung, werden die Vertragsstaaten darin doch aufgefordert, ihre nationalen Rechtpflegedelikte um den Schutz des IStGH erweitern.[3] Daneben lassen sich anderen Vorschriften *indirekte* oder *faktische* Umsetzungsverpflichtung entnehmen. So besteht gem. Art. 88[4] eine Verpflichtung der Vertragsstaaten, ein innerstaatliches Verfahren zur Zusammenarbeit mit dem IStGH vorzuhalten. Dabei handelt es sich allerdings wegen der in Art. 86 vorgesehenen allgemeinen Zusammen-

[1]BGBl. 2000 II 1394; Ratifikationsstand zum 11.5.2007: 104 Vertragsstaaten <www.icc-cpi.int/about.html> (zuletzt besucht am 10.5.2007). Zum Inhalt überblicksartig Ambos, „Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts“, ZStW 111 (1999), 175-211.

[2]Artikel ohne Angaben sind solche des IStGH-Statuts.

[3]Art. 70 Abs. 4 (a) lautet wie folgt: „Each State Party shall extend its criminal laws penalizing offences against the integrity of its own investigative or judicial process to offences against the administration of justice referred to in this article, committed on its territory, or by one of its nationals.“

[4]Art. 88: „States Parties shall ensure that there are procedures available under their national law for all of the forms of cooperation which are specified under this Part.“

arbeitspflicht auch um eine Verpflichtung faktischer Art, denn ohne ein solches innerstaatliches Verfahren können die Vertragsstaaten ihrer Zusammenarbeitspflicht nicht nachkommen. Vollends faktischer Art ist die aus dem Komplemetaritätsprinzip des Art. 17[5] folgende Ermittlungs- und Verfolgungspflicht des zuständigen Staates, also insbesondere des Territorialstaates. Sie setzt neben dem „Verfolgungswillen" auch die „Verfolgungsfähigkeit" voraus, womit u.a. die Existenz innerstaatlichen Völkerstrafrechts, also zumindest die Erfassung der im IStGH-Statut enthaltenen Kernverbrechen (Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Art. 6-8), implizit vorausgesetzt wird.[6] Fehlt es an deren innerstaatlicher Erfassung, so müsste der IStGH „komplementär" mangels „Verfolgungsfähigkeit" tätig werden.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern die Vertragsstaaten den genannten normativen und faktischen Umsetzungsverpflichtungen nachkommen. Zur Beantwortung dieser Fragen sind zunächst die möglichen Umsetzungs- bzw. Implementationsmodelle kurz vorzustellen (2.), sodann hat eine Bestandsaufnahme der bisherigen Umsetzungsbemühungen zu erfolgen (3.), um dann die deutsche Lösung zu erläutern (4.) und in einem Fazit (5.) deren Modellcharakter zu prüfen.

2 Umsetzungsmodelle

Den Vertragsstaaten verbleibt trotz der genannten Umsetzungsverpflichtungen ein erheblicher Gestaltungsspielraum bei der Implementation des Statuts. Zwar ist eine Nicht-Umsetzung („Null-Lösung") keine Option, doch steht es den Staaten im Übrigen frei, sich zwischen einer *begrenzten und vollständigen Umsetzung* zu entscheiden.[7] Als *Minimum* ist eine *begrenzte* Implementation durch Einführung der für die Zusammenarbeit notwendigen Verfahrensvorschriften und Erweiterung der Rechtspflegedelikte (z.B. § 153 ff. StGB) auf den IStGH zu fordern, denn insoweit machen die genannten Art. 70 Abs. 4 und Art. 88 klare Vorgaben. Wählt man dagegen den Weg einer *vollständigen* Implementation, so kann man entweder auf das IStGH-Statut in seiner Gesamtheit oder auf bestimmte Teile verweisen (sog. *Verweisungsmodell*) oder die entsprechenden Teile im nationalen Recht (gesondert) kodifizieren (sog. *Kodifikationsmodell*).

---

[5]Die relevanten Passagen von Art. 17 lauten wie folgt: [...] the Court shall determine that a case is inadmissible where:

a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution; [...].

Zum Komplementaritätsprinzip näher Ambos, Internationales Strafrecht, 2006, § 8 Rn. 15 ff.

[6]Ambos, o. Fn. 5, § 6 Rn. 51; ebenso Weigend, Das VStGB- nationale Kodifikation internationalen Rechts, GS Vogler, 2004, S. 201; Fixson, „Der IStGH: Seine Entstehung und Stellung im Völkerrecht", in: Kirsch, Internationale Strafgerichtshöfe, 2005, S.229.

[7]Vgl. zu den Optionen instruktiv Werle, „Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts", JZ 2001, 886 ff., der sich allerdings nur auf das materielle Recht bezieht. Vgl. auch Burchards, Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten 2005, 335 ff; aus rechtstheoretischer Sicht de Carvalho, „Os fundamentos do TPI e sua incorporação no direito interno", in: Ambos/de Carvalho, S. 79 ff.

Das *Verweisungsmodell* findet sich bisher vor allem in den Staaten des anglo-amerikanischen (common law) Rechtskreises. Dabei kann weiter zwischen einem *statischen Verweis* auf das Statut durch nationale Strafnormen (so England und Wales durch den „International Criminal Court Act 2001“, Schottland durch den „International Criminal Court Act 2001“ oder auch Neuseeland durch den „International Crimes and International Criminal Court Act 2000“) und einem *dynamischen Verweis* auf Völkergewohnheitsrecht durch nationale Strafnormen (so Kanada durch den „Crimes Against Humanity and War Crime Act 2000“) differenziert werden.[8] Der dynamische Verweis wird in eingeschränkter Form und begrenzt auf Kriegsverbrechen auch von anderen Staaten (USA),[9] auch des kontinental-europäischen (civil law) Rechtskreises (Finnland, Polen, Russland, Schweden, Weißrussland) beschritten.[10] In diesem Fall wird durch eine innerstaatliche Blankettnorm die Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweisen nach nationalem Recht unter Verweis auf das momentan geltende Völkergewohnheitsrecht (die blanketausfüllende Norm) für strafbar erklärt.[11] Damit ist sichergestellt, dass sich die innerstaatliche Strafbarkeit dynamisch mit dem Völkergewohnheitsrecht weiterentwickelt.[12] Bei einem *statischen Verweis* hingegen wird explizit auf das IStGH-Statut Bezug genommen, d.h. innerstaatliche Blankettnormen verweisen auf die in Art. 6-8 IStGH-Statut erfassten Straftaten als blanketausfüllende Normen. Diese werde damit in das innerstaatliche Recht inkorporiert.[13] Insoweit muss aber weiter zwischen einer *unmittelbaren Anwendung* des Statuts (z.B. Süd-

[8]Kreicker, in: Eser/Sieber/Kreicker, National Prosecution of International Crimes - Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. Volume 7: Völkerstrafrecht im Ländervergleich, 2006, S. 27 f. Zu den einzelnen Ländern s. auch Gut/Wolpert, „Canada“, in: Eser/Sieber/Kreicker, a.a.O., Volume 5, S. 19 ff.; Rabenstein/Bahrenberg, „England/Wales“, in: ebd., Volume 6, S. 261 ff. Zu Kanada vgl. auch Prost/Robinson, “Canada“, in: Kreß/Broomhall/Lattanzi/Santori, The Rome Statue and Domestic Legal Orders, Volume II, 2005, S. 53 ff. Jüngst zu England & Wales Cryer/Bekou, „International Crimes and ICC Cooperation in England and Wales“, JICJ Advanced Access, published 22 February 2007.

[9]Unabhängig vom IStGH-Statut, das die USA bekanntlich nicht ratifiziert haben, nimmt das dortige innerstaatliche Recht auf die vier Genfer Konventionen von 1949 und das Annex des IV. Haager Abkommens von 1907 „betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs” Bezug. Da Art. 8 IStGH-Statut auf diesen Abkommen beruht, entspricht aus das U.S.-amerikanische innerstaatliche Kriegsrecht weitgehend Art. 8 (vgl. den „War Crimes Act 1996“, 18 U.S.C. § 2441, <www.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sec_18_00002441----000-.html> zuletzt besucht am 10.5.2007).

[10]Kreicker, o. Fn. 8, S. 27 mit Verweisen auf die einzelnen Länderberichte in Fn. 108.

[11]So beispielsweise section 4 (3) des kanadischen „Crimes Against Humanity and War Crimes Act“:

“(…) genocide means an act or omission committed with intent to destroy, in whole or in part, an identifiable group of persons, as such, that, at the time and in the place of its commission, constitutes genocide according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles lf law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission. (…).”

[12]Kreicker, o. Fn. 8, S. 27.

[13]Kreicker, o. Fn. 8, S. 28.

afrika[14]) und einer *Übernahme durch Verweisung* (z.B. England & Wales, Schottland, Neuseeland[15]) unterschieden werden.[16]

Das *Kodifikationsmodell* ist demgegenüber eher in den Staaten des kontinentaleuropäischen Rechtskreises verbreitet. Danach werden überwiegend *innerstaatliche Straftatbestände* geschaffen, die das strafbare Verhalten *abschließend* beschreiben und sich eines Verweises auf Völkergewohnheitsrecht oder auf das IStGH-Statut enthalten. Man kann insoweit von *autonomer*, weil auf einer eigens innerstaatlich geschaffenen Rechtsgrundlage stattfindenden *Strafverfolgung* sprechen.[17] Auch insoweit kann man zwischen zwei „Untermodellen" unterscheiden, nämlich zwischen denjenigen Ländern, die Völkerstraftaten unter Anwendung der „*normalen*", auch für die Alltagskriminalität geltenden *Straftatbestände* ahnden, und solchen, die *Spezialtatbestände* zur Erfassung völkerrechtlicher Verbrechen schaffen.[18] Die erste Lösung sieht sich der klassischen Kritik ausgesetzt, dass das „normale" Strafrecht den besonderen Unrechtsgehalt völkerrechtlicher Verbrechen nicht adäquat erfassen kann.[19] Bei den Strafrechtsordnungen, welche Spezialtatbestände schaffen, kann man wiederum danach unterscheiden, ob diese Tatbestände in das allgemeine Strafgesetzbuch bzw. in ein Militärstrafgesetzbuch integriert werden (so beispielsweise in Australien, der Elfenbeinküste, Estland, Finnland, Frankreich, Italien, Kroatien, Polen, Russland, Serbien und Montenegro, Slowenien, Türkei, Weißrussland und Spanien)[20] oder ob eine gesonderte Kodifikation geschaffen wird, wie etwa von Deutschland mit dem Völkerstrafgesetzbuch (dazu unten 4) oder auch von den Niederlande und Schweden.[21]

---

[14]So geschehen durch den „ICC-Act", 18. Juli 2002, vgl. <www.info.gov.za/acts/2002/a27-02/A> (zuletzt besucht am 10.5.2007); vgl. auch der Länderbericht Südafrika von Maqungo, „South Africa", in: Kreß/Broomhall/Lattanzi/Santori, o. Fn. 8, S. 331 ff. und ders., „Implementing the ICC Statute in South Africa", in: Kreß/Lattanzi (Hrsg.), The Rome Statue and Domestic Legal Orders, Volume I, 2000, S. 183 ff. Du Plessis, „South Africa's Implementation of the ICC Statute", JICJ Advanced Access, published 6 February 2007, S.20, hofft, dass andere afrikanische Staaten dem Beispiel Südafrikas bei der Implementation alsbald folgen werden.

[15]Zu Neuseeland vgl. Hay, „New Zealand", in: Kreß/Broomhall/Lattanzi/Santori, o. Fn. 8, S. 235 ff.

[16]Differenzierend Ambos, o. Fn. 5, § 6 Rn. 52.

[17]Nach Kreicker, o. Fn. 8, S. 29 folgen die meisten der in dem von ihm koordinierten Forschungsprojekt untersuchten Länder diesem Modell. Zu dem Forschungsprojekt näher <www.mpicc.de/ww/de/pub/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/nationale_strafverfolgung.htm > (zuletzt besucht am 10.5.2007). In den 6 Teilbänden (s. Literaturverzeichnis) werden 23 Länder untersucht (Australien, China, Deutschland, Elfenbeinküste, England und Wales, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Israel, Italien, Kanada, Kroatien, Österreich, Polen, Russland und Weißrussland, Schweden, Serbien und Montenegro, Slowenien, Spanien, Türkei, USA) und in einem weiteren spanisch- und portugiesischsprachigen Band (Ambos/Malarino) 11 lateinamerikanische Länder untersucht (Argentinien, Bolvien, Brasilien, Chile, Costa Rica, El Salvador, Kolumbien, Mexiko, Peru, Uruguay und Venezuela) .

[18]Hierzu detailliert Kreicker, o. Fn. 8, S. 29 ff.

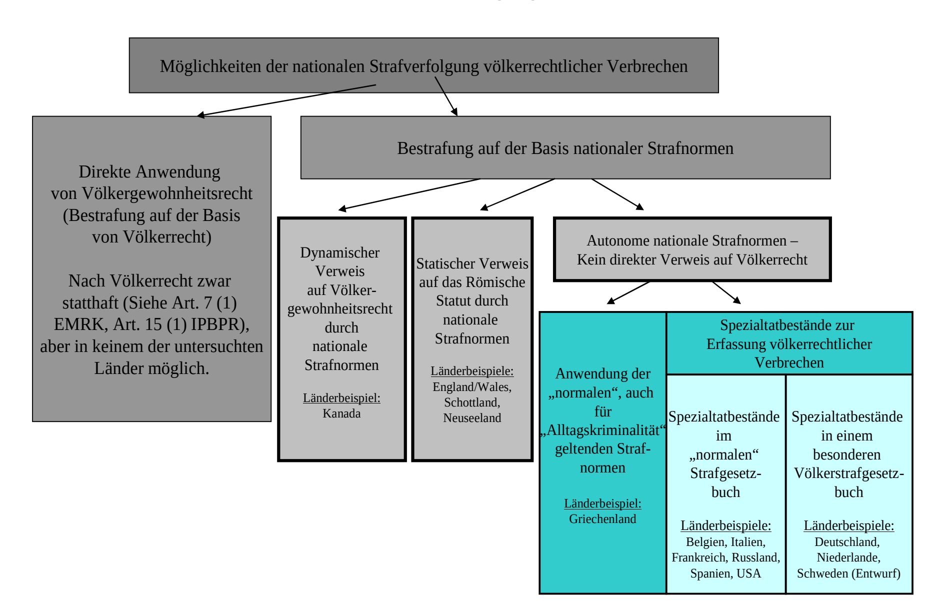
[19]Kreicker, o. Fn. 8, S. 15, 31; Kreß, „Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuches", 2000, S. 14 ff.; Werle, „Völkerstrafrecht und geltendes Strafrecht", JZ 2000, S. 756 ff.

[20]Kreicker, o. Fn. 8, S. 32.

[21]Zum niederländischen „International Crimes Act" vgl. <www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/docs /natstraf_nl.pdf>; zum schwedischen Gesetzentwurf vgl. <www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/docs/ voelkstraf_swed.pdf> (beide zuletzt besucht am 10.5.2007). Auch in den USA und Israel werden

Die Formen nationaler Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen lassen sich nach alldem wie folgt graphisch darstellen.[22]

Formen nationaler Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen



3 Bestandsaufnahme bisheriger Umsetzungsbemühungen

Die Mehrzahl der Vertragsstaaten, die überhaupt schon mit der innerstaatlichen Umsetzung begonnen haben, geht den Weg einer vollständigen Implementation.[23] Dabei wird der Implementationsprozess von der internationalen „NGO Coalition for the ICC" fortlaufend beobachtet und kritischer Analyse unterzogen.[24] Derzeit

teilweise Völkermordtaten in einem Spezialgesetz pönalisiert, vgl. Kreicker, o. Fn. 8, S. 33, sowie die Länderberichte von Kremnitzer/Cohen (Volume 5, S. 328 ff.) und Silverman (Volume 5, S. 429 ff.).

[22] Die Darstellung stammt aus Kreicker, o. Fn. 7, S. 34, bezieht sich also auf die in dem Forschungsprojekt untersuchten Länder (s. o. Fn. 17).

[23] Vgl. Eser/Sieber/Kreicker, o. Fn. 17; Kreß/Lattanzi, The Rome Statue and Domestic Legal Orders, 2000, o. Fn. 14; Vandermeersch, „The ICC Statute and Belgian Law", JICJ Vol. 2, 2004, 133 ff.; Sluiter, „Implementation of the ICC Statute in the Dutch Legal Order", JICJ Vol. 2, 2004, 158 ff.; Boas, „An Overview of Implementation by Australia of the Statute of the International Criminal Court", JICJ Vol. 2, 2004, 179 ff.; „Hay, Implementing the ICC Statute in New Zealand", JICJ Vol. 2, 2004, 191ff.; für Lateinamerika Ambos/Malarino, Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. 2003; zu Kanada Burchards, o. Fn. 7, S. 338 ff.

[24] Vgl. vor allem die drei fortlaufenden Studien der „Coalition for the ICC" <www.iccnow.org/?mod=romeimplementation>, „Amnesty International" <web.amnesty.org/pages/icc-implementation-eng> und „Human Rights Watch" <www.hrw.org/campaigns/icc/implementation.htm> (alle zuletzt besucht am 10.5.2007).

liegt eine Bestandsaufnahme zum Januar 2006 bzw. April 2006 vor.[25] Im Januar 2006 hatten 40 Staaten irgendeine Form von Implementationsgesetzgebung erlassen, davon 30 Staaten Gesetzgebung, welche faktische Umsetzungspflichten nach dem Komplementaritätsprinzip erfüllt, also das materielle Strafrecht (insbesondere die Verbrechen) betrifft und 32 Staaten Gesetzgebung („Komplemenentaritätsgesetzgebung"), welche das Prozessrecht, also die Kooperation mit dem IStGH betrifft („Kooperationsgesetzgebung").[26] Weiterhin haben 31 Staaten in irgendeiner Form Entwürfe zur Implementationsgesetzgebung[27], dabei kann zwischen Komplementaritätsgesetzgebung (bislang 37 Entwürfe) und Kooperationsgesetzgebung (bislang 27 Entwürfe) differenziert werden.[28] Dies bedeutet, dass es insgesamt in 29 Staaten weder Gesetzgebung noch Entwürfe zur Umsetzung des IStGH-Statuts gibt.[29] Komplementaäritätsgesetzgebung fehlt in 33 Staaten, und Kooperationsgesetzgebung ist in 41 Staaten nicht vorhanden.[30] Graphisch lässt sich das folgendermaßen darstellen:

[25]Vgl. Van der Pas, „Progress Report on Implementing the Rome Statute into National Law" (Stand Januar 2006), The International Criminal Court Monitor, May 2006, <www.iccnow.org/?mod=monitor> (zuletzt besucht am 10.5.2007), S.5; „International Criminal Court: Summary of draft and enacted implementing legislation" (Stand April 2006), IOR 40/041/2006, November 2006, <http://web.amnesty.org/pages/icc-docs-eng> (zuletzt besucht am 10.5.2007).

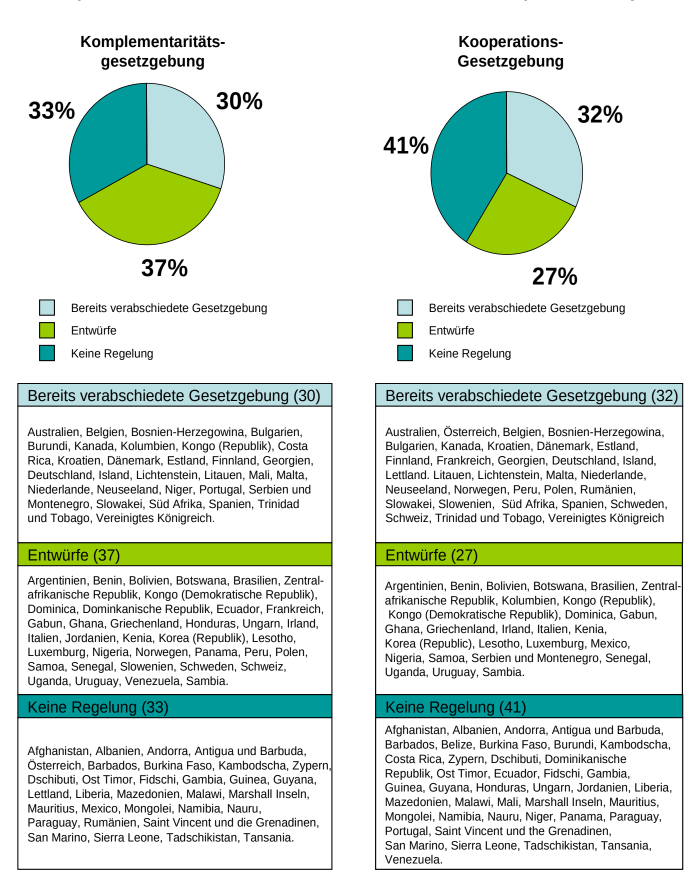
[26]Van der Pas, o. Fn. 25, S.5.

[27]„International Criminal Court: Summary of draft and enacted implementing legislation", o. Fn. 25, S.1.

[28]Van der Pas, o. Fn. 25, S.5.

[29]„International Criminal Court: Summary of draft and enacted implementing legislation", o. Fn. 25, S.1. Diese Bestandsaufnahme geht von 100 Mitgliedsstaaten aus. Mittlerweile zählt der IStGH 104 Mitgliedsstaaten, vgl. <www.iccnow.org/> (zuletzt besucht am 10.5.2007).

[30]Van der Pas, o. Fn. 25, S.5.



Quelle: The International Criminal Court Monitor, Mai 2006

Aus der Darstellung ergibt sich in negativer Hinsicht, dass nur 22 Staaten ihren Verpflichtungen (mehr oder weniger) vollständig nachgekommen sind, also sowohl Komplementaritäts- als auch Kooperationsgesetzgebung erlassen haben.[31] Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht alle Umsetzungsgesetze den Anforderungen des IStGH-Statuts entsprechen, also entweder dahinter zurückbleiben oder rechtstechnisch fehlerhaft sind.[32] Es ist deshalb die Einrichtung einer speziellen Arbeitsgruppe durch die IStGH-Staatenversammlung (Assembly of States Parties, vgl. Art. 112) vorgeschlagen worden, die den Implementationsprozess begleitend über-

[31] „International Criminal Court: Summary of draft and enacted implementing legislation", o. Fn. 25, S.2.

[32] Van der Pas, o. Fn. 25, S. 5 („seriously flawed"); ebenso Amnesty International, „International Criminal Court: The failure of states to enact effective implementing legislation", IOR 40/019/2004, September 2004, <http://web.amnesty.org/pages/icc-docs-eng> (zuletzt besucht am 10.5.2007). Kritisch auch Terracino, „National Implementation of ICC Crimes", JICJ 2007, S. 1 ff.

wachen soll.[33] Die zuständige „New York Working Group" des „Bureau of the Assembly of State Parties" hat insoweit einen alarmierenden Bericht in die fünfte Staatenversammlung in Den Haag Ende 2006 eingebracht;[34] darin ist insbesondere eine Strategie zur vollständigen und effektiven Implementation vorgesehen, wobei die dementsprechende Verpflichtung der Vertragsstaaten betont wird.[35]

4 Die deutsche Lösung

Auf *verfassungsrechtlicher Ebene* hat der deutsche Vertragsgesetzgeber[36] den IStGH als zwischenstaatliche Einrichtung i. S. v. Art. 24 Abs. 1 GG anerkannt und ihm damit Hoheitsrechte übertragen. Demzufolge haben Maßnahmen und Anordnungen des IStGH eine unmittelbare Durchgriffswirkung in die deutsche Rechtsordnung hinein. Nach Ansicht des Gesetzgebers sind auch die Mindestbedingungen eines rechtsstaatlichen Verfahrens durch das IStGH-Statut gewahrt. Last but not least hat der Gesetzgeber – im Sinne einer Klarstellung – entschieden, eine Ausnahme vom grundsätzlichen Auslieferungsverbot Deutscher (*Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG*) im Hinblick auf die Auslieferung Deutscher an EU-Mitgliedsstaaten und internationale Gerichte vorzusehen, „soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind."[37] Über diesen Rechtsstaatsvorbehalt kann ein Betroffener etwaige rechtsstaatliche Defizite des Überstellungsverfahrens im Besonderen und des IStGH-Statuts im Allgemeinen im Wege einer Verfassungsbeschwerde geltend machen.

Auf *materiellrechtlich*-einfachgesetzlicher Ebene (*Komplementaritätsgesetzgebung*) wurde mit Inkrafttreten des IStGH-Statut das *Völkerstrafgesetzbuch* erlassen.[38] Mit ihm wird das Ziel verfolgt, „das spezifische Unrecht der Verbrechen gegen das Völkerrecht besser zu erfassen ..." und „die Rechtsklarheit und die Handhabbarkeit in der Praxis zu fördern."[39] Das VStGB kodifiziert deshalb im Wesentlichen die völkerrechtlichen Kernverbrechen der Art. 5–8, scil. Völkermord (§ 6 VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7), Kriegsverbrechen gegen Personen und bestimmte geschützte Objekte (§§ 8–10) sowie Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Methoden und Mittel der Kriegsführung (§§ 11, 12). Demgegenüber gilt im Bereicht des Allgemeinen Teils grundsätzlich das StGB (§ 2). Sonder-

---

[33]Terracino, o. Fn. 32, S.20.

[34]Report of the Bureau on ratification and implementation of the Rome Statute and on participation in the Assembly of State Parties, Assembly of State Parties, 5th session, The Hague, 23 November to 1 December 2006, ICC-ASP/5/26, 17 November 2006.

[35]Report of the Bureau on ratification and implementation of the Rome Statute and on participation in the Assembly of State Parties, o. Fn. 34, S. 6 f.

[36]BGBl. 2000 II S. 1393.

[37]BGBl. 2000 I 1633. Dazu Uhle, „Auslieferung und Grundgesetz", NJW 2001, 1889 ff.; Zimmermann, „Die Auslieferung Deutscher an Staaten der EU und Internationale Strafgerichtshöfe", JZ 2001, 233 ff.; Rohlff, Der Europäische Haftbefehl, 2003, 62 f.

[38]BGBl 2002 I 2254. Vgl. Ambos, o. Fn. 5, § 6 Rn. 53 mit zahlreichen weiterführenden Nachweisen in Fn. 198.

[39]BR-Drs. 29/02, 18.1.2002, in: Lüder/Vormbaum (Hrsg.), Materialien zum VStGB, 2002, S.23.

regelungen sind lediglich für das Weltrechtsprinzip (§ 1), das Handeln auf Befehl (§ 3), die Unverjährbarkeit (§ 5) und vor allem die Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter (§§ 4, 13, 14) vorgesehen. Zuständig für die Verfolgung dieser Verbrechen ist der Generalbundesanwalt, für die Aburteilung das Oberlandesgericht (Art. 96 Abs. 5 GG, §§ 142 a Abs. 1 i. V. m. Art. 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG). Die uneingeschränkte Geltung des Weltrechtsprinzips gemäß § 1 VStGB wird prozessual durch den neuen § 153f StPO flankiert. Dessen großzügige Auslegung durch die Generalbundesanwaltschaft hat dazu geführt, dass nahezu alle Anzeigen wegen der im VStGB vorgesehenen Kernverbrechen nicht zu Ermittlungen geführt haben; die GBA stützt sich insoweit im Kern auf § 153f Abs. 1 S. 1, wonach von der Verfolgung abgesehen werden kann, wenn sieh der Beschuldigte nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist.[40]

Auf *prozessualer* Ebene (*Kooperationsgesetzgebung*) ist zunächst das *IStGH-Ausführungsgesetz*[41] zu nennen. Es ist ein Artikelgesetz und enthält als zentralen Art. 1 das *„Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof"* (IStGHG).[42] Dieses Gesetz besteht aus sieben Teilen und regelt die Überstellung von Tatverdächtigen an den IStGH (§§ 2 ff.), die Durchbeförderung (§§ 34 ff.), die Rechtshilfe in Form der Vollstreckung von Freiheitsstrafen und anderen Sanktionsanordnungen des IStGH (§§ 40 ff.), die sonstige Rechtshilfe (§§ 47 ff.) und ausgehende deutsche Ersuchen an den IStGH (§§ 64 ff.). Das IStGHG setzt die sich aus dem Statut ergebenden Kooperationspflichten Deutschlands unter Bezugnahme auf die entsprechenden Vorschriften des Statuts vertragstreu um. Beispielhaft sei hier nur auf die Überstellung zur Strafverfolgung und -vollstreckung im Inland befindlicher – auch deutscher (Art. 16 Abs. 2 GG!) – Personen (§ 2 IStGHG) sowie auf die sonstige Rechtshilfe hingewiesen, die „jede Unterstützung" des IStGH auf der Grundlage des Statuts umfasst (§ 47 (2) IStGHG). Nach § 47 (1) IStGHG besteht zudem eine zwingende Pflicht, sonstige Rechtshilfe zu leisten, wenn die Voraussetzungen des IStGH-Statuts und des IStGHG vorliegen. Als Rechtshilfe regelt das IStGHG etwa Beschlagnahme, Durchsuchung und Vermögensbeschlagnahme (§ 52 IStGHG) sowie Telekommunikationsüberwachung und Observation (§ 59 IStGHG). Auf besonderes Ersuchen kann der Gerichtshof sogar selbst Beweiserhebungen vornehmen (§ 62 IStGHG).

---

[40] Vgl. zuletzt die (erneute) Entscheidung in Sachen Abu Ghraib/Irak und Guantánamo/Kuba vom 27.4.2007 <www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=9&newsid=273> (zuletzt besucht am 11.5.2007); krit. zur ersten Entscheidung Ambos, „Völkerrechtliche Kernverbrechen, Weltrechtsprinzip und § 153f StPO", NStZ 2006, 434 ff.

[41] BGBl. I 2002, S. 2144. Dazu MacLean, „Gesetzesentwurf über die Zusammenarbeit mit dem IStGH", ZRP 2002, 260 ff.; Meißner, „Das Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs", NJ 2002, 347 ff.; Wilkitzki, „The German law on co-operation with the ICC", ICLR 2002, 197 ff.; Weigend, o. Fn. 6, 199 ff. Vgl. auch Ambos, o. Fn. 5, § 6 Rn. 54, § 8 Rn. 60 und *passim*.

[42] Näher im Zusammenhang mit den einschlägigen Regelungen des IStGH-Statuts vgl. Ambos, o. Fn. 5, § 8 Rn. 56 ff.

Obwohl Deutschland, was Schnelligkeit und Qualität der Implementationsgesetzgebung angeht, sicher zu den „Musterknaben" unter den IStGH-Vertragsstaaten gehört, ist es bisher noch nicht gelungen, der einzigen bzw. stärksten expliziten Umsetzungsverpflichtung des Statuts, nämlich *Art. 70 Abs. 4 (a)*,[43] nachzukommen. Dies bedeutet, dass nach geltendem Recht Aussagedelikte vor dem IStGH (und auch vor den supranationalen europäischen Gerichtshöfen) nicht nach §§ 153 ff. StGB verfolgt werden können. Ein schon lange vorliegender Gesetzesentwurf sieht insoweit einen neuen § 162 StGB vor,[44] der wie folgt lauten soll:

> „(1) die §§ 153 bis 161 sind auch auf falsche Angaben in einem Verfahren vor einem internationalen Gericht, das durch einen für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Rechtsakt errichtet wurde, anzuwenden."

Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Beitrags (Mai 2007) hat dieser Gesetzesentwurf die erste Lesung im Bundestag überstanden und kann wohl – nach einer noch geplanten Anhörung – frühestens im Sommer 2007 verabschiedet werden.[45]

5 Fazit

Trotz des erheblichen Gestaltungsspielraums und einer beträchtlichen Zahl von Implementationsmodellen (2.) besteht bisher noch ein *erhebliches Umsetzungsdefizit*. Zur Verringerung und langfristigen Behebung dieses Defizits bedarf es der Unterstützung und ggf. auch Intervention der Vertragsstaatenversammlung bzw. derjenigen Staaten, die auch bisher eine besonders aktive Rolle bei der Schaffung und Konsolidierung des IStGH-Regimes gespielt haben. Dazu zählt auch Deutschland. Auch die NGO-Coalition kann insoweit einen wichtigen Beitrag leisten.

Auch der *deutsche Weg* einer „großen Lösung", d.h. eine umfassende Regelung der Völkerrechtstatbestände in einem Spezialgesetz[46] sowie der prozessualen Regelungen in einem Zusammenarbeitsgesetz, hat schon anderen Staaten (etwa in Lateinamerika) als Vorbild oder Vorlage gedient und stellt jedenfalls für Staaten des kontinentaleuropäischen Rechtskreises ein wertvolles konkretes Umsetzungsbeispiel dar.[47] Deshalb ist die Übersetzung von VStGB und Zusammenarbeitsge-

[43] Vgl. o. Fn. 3.

[44] Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie (BR-Drs. 625/06).

[45] E-mail vom 11.5.2007 von Eberhard Desch, Referat IV A 6, Bundesjustizministerium.

[46] Kreß, o. Fn. 19, S. 18.

[47] Vgl. auch Wirth/Harder/Lagodny/Broomhall/Komorkowski/Nemitz/Thiem/Lempp, „Zu Ratifizierung und Implementierung der Römischen Statuts", HuV-I 2000, S. 111, 117. Die Autoren schlagen vor, dass die Aufnahme neuer Mitglieder in die EU untrennbar an die Ratifikation und progressive Implementation des IStGH-Statuts gebunden wird, dass Anstrengungen kleinerer Staaten durch konkrete Hilfsangebote und Entsendung von Spezialisten gefördert werden, und dass Ratifikation und progressive Implementation zur regelmäßigen Voraussetzung für Entwicklungshilfe gemacht werden.

setz in mehrere wichtige Sprachen ein notwendiges und weitsichtiges Unterfangen gewesen.[48] Das „*Kodifikationsmodell*" ist für eine Rechtsordnung, die in der Tradition der kontinentaleuropäischen Kodifikationsbewegungen steht, alternativlos. Ebenso kommt freilich das „*Verweisungsmodell*" der common law Tradition eines über Jahrhunderte gewachsenen, weniger formalisierten „law of the land" entgegen, obgleich nicht übersehen werden darf, dass in der Mehrzahl der common law Rechtsordnungen, allen voran den USA, strafrechtliches Statute law schon weitgehend das ungeschriebene common law verdrängt hat.

[48] S. <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene_Projekte_ Translation.html>.

Literatur

Ambos, K., „Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts“. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 111 (1999), 175-211.

Ambos, K., Internationales Strafrecht. 2006, C. H. Beck.

Ambos, K., „Völkerrechtliche Kernverbrechen, Weltrechtsprinzip und § 153f StPO“, NStZ 2006, 434-438.

Ambos, K./Malarino, E. (Hrsg.): Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. 2003, Konrad-Adenauer-Stiftung.

Boas, G., „An Overview of Implementation by Australia of the Statute of the International Criminal Court“, JICJ Vol. 2, 2004, 179 – 190.

Burchards, W., Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten, Das kanadische Beispiel. 2005, Berliner Wissenschafts-Verlag.

Carvalho S., „Os fundamentos do TPI e sua incorporação no direito interno“, in: Ambos, K./de Carvalho, S., O direito penal no Estatuto de Roma. 2005, Edition Lumen Juris.

Cryer R./Bekou O., „International Crimes and ICC Cooperation in England and Wales“, JICJ Advanced Access, published 22 February 2007.

Du Plessis, M., „South Africa’s Implementation of the ICC Statute“, JICJ Advanced Access, published 6 February 2007

Eser A./Kreicker H. (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – National Prosecution of International Crimes. Volume 1: Deutschland (by Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker). 2003, Edition Iuscrim.

Eser A./Kreicker H. (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – National Prosecution of International Crimes. Volume 2: Finnland (by Dan Frände), Polen (by Ewa Weigend), Schweden (by Karin Cornils). 2003, Edition Iuscrim.

Eser A./Kreicker H. (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – National Prosecution of International Crimes. Volume 3: Kroatien (by Petar Novoselec), Österreich (by Ingeborg Zerbes), Serbien und Montenegro (by Milan Škulić), Slowenien (by Damjan Korošec). 2004, Duncker & Humblot.

Eser A./Kreicker H. (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – National Prosecution of International Crimes. Volume 4: Côte d'Ivoire (by Adome Blaise Kouassi & Simon Paulenz), España (by Alicia Gil Gil), Frankreich (by Juliette Lelieur-Fischer), Italien (by Konstanze Jarvers/Christoph Grammer), Lateinamerika (by Kai Ambos/Ezequiel Malarino). 2005, Duncker & Humblot.

Eser, A./Sieber, U./Kreicker, H. (Hrsg.), National Prosecution of International Crimes - Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. Volume 5: Canada (by Till Gut & Max Wolpert), Estonia (by Andres Parmas/Tristan Ploom), Greece (by Michalis Retalis), Israel (by Mordechai Kremnitzer/Moshe Cohen), USA (by Emily Silverman). 2005, Duncker & Humblot.

Eser, A./Sieber, U./Kreicker, H. (Hrsg.), National Prosecution of International Crimes - Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. Volume 6: Australien (by Anke Biehler/Christina Kerll), China (by Thomas Richter), England und Wales (by Christiane Rabenstein/Ralf Bahrenberg), Russland und Weißrussland (by Siegfrid Lammich), Türkei (by Silvia Tellenbach). 2005, Duncker & Humblot.

Eser, A./Sieber, U./Kreicker, H. (Hrsg.), National Prosecution of International Crimes - Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. Volume 7: Völkerstrafrecht im Ländervergleich. 2006, Duncker & Humblot.

Fixson, O., „Der IStGH: Seine Entstehung und Stellung im Völkerrecht“, in: Kirsch, Internationale Strafgerichtshöfe. 2005, Nomos Verlags-Gesellschaft.

Hay, J., „Implementing the ICC Statute in New Zealand“, JICJ Vol.2, 2004, 191 – 210.

Kreß, C., Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuches. 2000, Nomos Verlags-Gesellschaft.

Kreß, C./Lattanzi, F. (Hrsg.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Volume I: General Aspects and Constitutional Issues. 2000, Nomos.

Kreß, C./Broomhall, B./Lattanzi, F./Santori, V. (Hrsg.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Volume II: Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement. 2005, Nomos.

Lüder, S. R./Vormbaum T. (Hrsg.), Materialien zum VStGB. 2002, LitVerlag.

MacLean, J., „Gesetzesentwurf über die Zusammenarbeit mit dem IStGH“, ZRP 2002, 260 - 264.

Meißner, J., „Das Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs“, NJ 2002, 347 - 350.

Rohlff, D., Der Europäische Haftbefehl. 2003, Lang Verlag.

Sluiter, G., „Implementation of the ICC Statute in the Dutch Legal Order“, JICJ Vol.2, 2004, 158 – 178.

Terracino, J. B., „National Implementation of ICC Crimes“, JICJ Vol.5, 2007, 1 - 20.

Uhle, A., „Auslieferung und Grundgesetz“, NJW 2001, 1889 - 1894.

Vandermeersch, D., „The ICC Statute and Belgian Law“, JICJ Vol.2, 2004, 133 – 157.

Van der Pas, S., „Progress Report on Implementing the Rome Statute into National Law“, The International Criminal Court Monitor, May 2006.

Weigend, T., Das VStGB - nationale Kodifikation internationalen Rechts, Gedächtnisschrift Vogler. 2004, Müller.

Werle, G., „Völkerstrafrecht und geltendes Strafrecht“, JZ 2000, 755 - 759.

Werle, G., „Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts“, JZ 2001, 885 – 895.

Wilkitzki, P., „The German law on co-operation with the ICC“, ICLR 2002, 195 – 212.

Wirth, S./Harder, J. /Lagodny, O./Broomhall, B./von Komorkowski, A./Nemitz, J./Thiem, T./Lempp, T., „Zu Ratifizierung und Implementierung der Römischen Statuts“, HuV-I 2000, 111 - 118.

Zimmermann, A., „Die Auslieferung Deutscher an Staaten der EU und Internationale Strafgerichtshöfe“, JZ 2001, 233 - 238.

Das Gesetz zur Medizinischen Beobachtung
Eine neue Maßnahme gegenüber psychisch kranken Tätern in Japan

Yuri Yamanaka

1 Einleitung

Wie überall, kommt es leider auch in Japan gelegentlich zu Vorfällen, in denen psychisch kranke Menschen eine gravierende Tat, wie Mord oder Totschlag, begehen. Auch gibt es Fälle, in denen sie z. B. während eines Ausgangs andere Menschen verletzen usw. Nach solchen Ereignissen reagiert die Bevölkerung immer entsetzt und äußert stets den Wunsch, den betroffenen Täter aus der Gesellschaft zu entfernen. Zugleich erwartet man vom Staat eine präventive Leistung: Nämlich die Allgemeinheit vor gefährlichen Tätern zu schützen sowie die Täter zu bessern, damit sie straflos leben können, wenn sie in Zukunft wieder in der Gesellschaft eingegliedert werden. Im Folgenden möchte ich darstellen, wie solche psychisch kranken Täter in Japan behandelt werden. Ferner möchte ich noch auf die damit verbundene Problematik eingehen.

2 Maßnahmen gegenüber psychisch kranken Tätern in Japan

Eine Bestrafung in Japan setzt wie in Deutschland die Schuld des Täters voraus. Bestraft werden darf der Täter nur dann, wenn ihm die begangene Tat zum Vorwurf gemacht werden kann (§ 39 Abs. 1, 2 jp. StGB). Bei den Tätern, die wegen ihrer psychischen Krankheit schuldunfähig oder vermindert schuldfähig sind und

denen gegenüber keine Strafe verhängt werden kann, wird in Deutschland die Maßregel angeordnet. D. h. der Täter muss in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht werden, wenn künftig infolge seines Krankheitszustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. In Japan dagegen existiert dieses zweispurige Rechtssystem bzw. das Maßregelsystem nicht. Dort wird ein eigener Weg ohne Einbeziehung der Justiz gegangen.

In Japan wurden solche Täter bis zum 14.07.2005, bevor ein neues Gesetz in Kraft trat, allein durch eine Verwaltungsmaßnahme kontrolliert. Die Maßnahme wird im „*Law related to Mental Health and Welfare of the Persons with Mental Disorder*" (abgekürzt: LMHW) geregelt, und für das Gesetz ist nicht das Justizministerium, sondern das Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt zuständig. Die Kosten trägt die öffentliche Hand.

2.1 Zum Japanischen Strafverfolgungssystem

Bevor ich die alte Maßnahme darstelle, möchte ich kurz das japanische Strafverfolgungssystem erklären. In Japan darf nur die Staatsanwaltschaft eine Anklage erheben (§ 247 japanische Strafprozessordnung: abgekürzt jp. StPO), und es herrscht das Opportunitätsprinzip (§ 248 jp. StPO). Im § 248 jp. StPO steht: *Die Staatsanwaltschaft kann den Beschuldigten nicht unter Anklage stellen, wenn sie nach Wesen, Alter sowie Umgebung des Beschuldigten, nach der Schwere der Tat sowie den mildernden Umständen und der Lage nach der Tat, die Anklage für nicht erforderlich hält.* In einem Fall, in dem die Schuldfähigkeit von dem Beschuldigten in Frage kommt, wird er von einem bzw. mehreren Psychiatern begutachtet, damit die Staatsanwaltschaft sich entscheiden kann, ob die Anklage erhoben wird oder nicht.

Durch Entscheidung der Staatsanwaltschaft wird bei fast 90% der Täter, die beim Gutachten als schuldunfähig oder vermindert schuldfähig betrachtet wurden, die Klage eingestellt (s. u. Tabelle 1)[1].

2.2 Das alte System

Der Ablauf nach dem alten System ist etwas umständlich (Anhang 1). Danach muss die Staatsanwaltschaft es unverzüglich dem Gouverneur einer Präfektur mitteilen, wenn sie bei dem Beschuldigten oder bei dem Angeklagten, der seelisch krank ist oder der möglicherweise seelisch krank ist, das Verfahren eingestellt hat, wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist (abgesehen von dem Urteil, bei dem die Zuchthausstrafe oder die Gefängnisstrafe vollstreckt wird) oder sonst wenn sie es für erforderlich hält (§ 25 LMHW). Außerdem gibt es auch die Regel, dass die Polizei umgehend über den Leiter des Gesundheitsamtes dem Gouverneur einer

[1] Summary of the White Paper on Crime 2005, S. 153; Summary of White Paper on Crime 2006, S. 122.

Präfektur mitteilen muss, wenn sie jemanden gefunden hat, bei dem sie auf Grund merkwürdigen Verhaltens oder auf Grund anderer Umstände eine Gefahr nachweisen kann, dass diese Person infolge ihrer psychischen Störung sich selbst oder andere Menschen gefährdet (§ 24 LMHW). Der Gouverneur lässt die Person von zwei Psychiatern begutachten, wenn er es für erforderlich hält. Die Person muss in einem staatlichen[2] psychiatrischen Krankenhaus oder in einem zuständigen Krankenhaus untergebracht werden, wenn durch das Gutachten nachgewiesen wird, dass diese Person psychisch krank ist und die Gefahr besteht, dass diese sich selbst oder andere Menschen gefährdet, es sei denn, wenn sie nicht zur medizinischen Behandlung oder zum Schutz in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht werden würde (§ 29 Abs. 1 LMHW). Die Person darf wieder entlassen werden, wenn festgestellt wird, dass auch ohne Unterbringung keine Gefahr mehr besteht, dass diese sich selbst oder andere Menschen gefährdet (§ 29 IV Abs. 1 LMHW).

Dieses System wurde wegen folgenden Gründen sowohl in der Praxis als auch Wissenschaft kritisiert.

1. Das alte System regelt nur eine „(künftige) Gefahr“ und nicht die Aufarbeitung der „bereits begangenen rechtswidrigen Taten seelisch Kranker“. Das bedeutet, dass die Behandlung von noch nicht straffällig gewordenen psychisch Kranken und bereits straffällig gewordenen psychisch Kranken unter die selbe Vorschrift fällt.
2. Die Maßnahme wird ohne richterliche Entscheidung (inkl. Beurteilung über Schuldfähigkeit) durchgeführt, obwohl es sich hier um eine rechtswidrige Tat handelt.
3. Die Justiz trägt überhaupt keine Verantwortung für die Unterbringung, Behandlung, Entlassung usw.
4. Die Mitarbeiter der Psychiatrie sollen außer der medizinischen Betreuung auch die Aufsicht übernehmen.
5. Die Nachsorge nach der Entlassung ist nicht gewährleistet.
6. Die Durchsetzung der Maßnahme variiert je nach Präfektur.

Zum Beispiel differiert die Zahl der Untergebrachten pro 100.000 Einwohner in Osaka und in Fukuoka um den Faktor 10[3]. Bei der Zahl der Untergebrachten und der Zahl der Untergebrachten, die bereits über 20 Jahre untergebracht waren, gibt es auch einen großen Unterschied zwischen den Präfekturen[4]. Die Rate der Untergebrachten beträgt z.B. in Osaka 0.3%, der Anteil der Untergebrachten, die bereits über 20 Jahre untergebracht waren liegt bei 5.2%[5]. Dagegen beträgt in Shiga die Untergebrachtenrate 3.2% und unter den Untergebrachten sind 47.1%[6] länger

[2] Inklusive der Krankenhäuser, die von einer Präfektur verwaltet werden.

[3] *Tetsuro Kawamoto* (2004). Zwangsbehandlung in Zukunft. In: Jurist Sondernummer Psychiatrie und Medizinisches Beobachtungsgesetz. Tokyo: Yu-hikaku Verlag, 122-126.

[4] Siehe Fn. 3.

[5] Zeitung *Asahi* 04.07.2001 (Morgenausgabe).

[6] Siehe Fn. 4.

als 20 Jahre untergebracht. Die Rate der neu Untergebrachten auf 100.000 Einwohner beträgt in Nara (0.02) und in Tokio (0.86), differiert also um den Faktor 43[7].

Deswegen war das alte System vor allem in den folgenden Punkten verbesserungsbedürftig.

1. Juristische Kontrolle bei der Anordnung und Entlassung,
2. eine komplett getrennte Einrichtung ausschließlich für straffällig gewordene seelisch Kranke,
3. spezifische Behandlung und spezialisiertes Personal,
4. einheitliches Behandlungsangebot in allen Präfekturen,
5. Eingliederung des Nachsorgesystems sowie unmittelbare Weiterleitung in die allgemeine Psychiatrie.

2.3 Das neue System

Nach einer sehr langen Auseinandersetzung[8] mit dem Gesetzentwurf trat am 15.07.2005 *„Das Gesetz über die Beobachtung, medizinische Versorgung und Behandlung von Individuen mit krankhafter seelischer Störung, bzw. Individuen mit quasi-krankhafter seelischer Störung, die eine erhebliche Straftat verursacht haben“* (abgekürzt: *Medizinisches Beobachtungsgesetz*) in Kraft. Zwar lag ein Alternativentwurf vor, der bloß eine Veränderung des alten Gesetzes vorsah, aber es kam ein komplett neues Gesetz zu Stande. Das Ziel des Gesetzes ist es, dass die Personen, die in einem schuldunfähigen oder vermindert schuldfähigen Zustand eine erhebliche Tat gegen andere begangen haben, durch kontinuierliche angemessene ärztliche Behandlung sowie die nötige Beobachtung und Betreuung ihren Krankheitszustand verbessern können (§ 1 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*). Daneben sollen ähnliche krankhaft bedingte Taten verhütet und die Resozialisierung gefördert werden (§ 1 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*). Der Gesetzgeber wollte ausschließlich für sog. gefährliche psychisch Kranke einen neuen Weg öffnen, damit der Allgemeinheit noch mehr Sicherheit garantiert wird. Für sonstige psychisch Kranke, die z. B. leichte Vergehen wie Ladendiebstahl usw. begehen, bleibt die Regelung nach dem alten System unverändert.

Das neue Gesetz sieht folgendes vor (s. u. Anhang 2). Wenn eine Person,

1. bei der Einstellung des gerichtlichen Verfahrens als schuldunfähig oder als vermindert schuldfähig betrachtet wurde (§ 3 Abs. 3 Nummer 1 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*) oder
2. ein rechtskräftiger Freispruch aufgrund der Schuldunfähigkeit oder rechtskräftige Strafmilderung aufgrund der verminderten Schuldfähigkeit (aus-

---

[7] Siehe Fn. 3.

[8] Seitdem der Gesetzentwurf am 28.05.2002 erstes Mal auf den Tisch des Parlaments gebracht wurde, wurde er auch zur nächsten Beratung übertragen und das Gesetz wurde endlich am 16.07.2003 erlassen. Die Inkraftsetzung wurde innerhalb von 2 Jahren geplant, genauer siehe *Kenichi Nakayama* (2005) Beratung des Entwurfs vom *Medizinischen Beobachtungsgesetz*. Tokyo: Seibundou Verlag.

schließlich der Verbüßung in der Strafanstalt) vorliegt (§ 3 Abs. 3 Nummer 2 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*),

und dazu diese Person eine erhebliche rechtswidrige Tat, wie Tötungsdelikte, Raub, Vergewaltigung, Körperverletzung, Brandstiftung usw. begangen hat (§ 2 Abs. 2 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*),

wird infolge einer Anklage der Staatsanwaltschaft (§ 33 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*) eine Kollegialität aus einem Richter und einem Psychiater im Landesgericht gebildet (§ 11 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*).

Sie beurteilen zusammen die Notwendigkeit der Maßnahmen oder deren Durchführung, nämlich stationär oder ambulant (§ 42 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*). Demjenigen, den die Entscheidung für die Unterbringung betrifft, wird während der Unterbringung in der medizinischen Einrichtung eine spezielle Behandlung angeboten. In dieser Zeit bereitet der Resozialisierungshelfer die künftige Alltagsumgebung nach der Entlassung des Patienten vor. Derjenige, den die Entscheidung für die Ambulanz sowie für die Entlassung betrifft, muss in der Regel für drei Jahre in der medizinischen Einrichtung in Behandlung sein. Er wird aber auch gleichzeitig vom Bewährungsamt (Resozialisierungshelfer) unter Aufsicht gestellt.

Wesentliche Änderungen, die das neue Gesetz mit sich bringt, lauten wie folgt:

1. Eine Kollegialität aus einem Richter und einem Psychiater beurteilt zusammen die Notwendigkeit der Maßnahmen oder deren Durchführung (stationär oder ambulant) und auch die Entlassung,
2. In jeder Präfektur gelten einheitliche Regeln.
3. Die ambulante Betreuung nach der Entlassung wird eingeführt.

2.3.1 Die Definition der Betroffenen

Betroffen vom neuen Gesetz sind Personen, die in einem schuldunfähigen oder vermindert schuldfähigen Zustand eine erhebliche rechtswidrige Tat gegen andere begangen haben. Ein kritischer Punkt ist, dass die Betroffenen gemäß eines juristischen Begriffes, in Bezug auf Schuldfähigkeit, beurteilt werden. Fraglich ist jedoch welche Krankheiten als Merkmal von Schuldunfähigkeit bzw. verminderter Schuldfähigkeit angesehen werden. In Japan werden Persönlichkeitsstörungen, Triebstörungen nicht als einen die Schuld vermindernden Grund anerkannt. Deswegen interpretieren sowohl die Praxis als auch die Wissenschaft, dass Täter mit diesen Merkmalen nicht als Betroffene im Sinne des neuen Gesetzes zu betrachten sind[9]. Und das, obwohl dies im Gesetz nicht deutlich beschrieben

[9] Vgl. Im § 5 LMHW werden jedoch auch Persönlichkeitsgestörte als Betroffene kategorisiert, *Hisao Kato* (2004). Persönlichkeitsgestörte und ihre Behandlung in der Gesellschaft. Tokyo: Seibundou Verlag, S. 6.

wurde[10]. In diesem Punkt besteht ein großer Unterschied zwischen Deutschland und Japan. In Deutschland werden auch Persönlichkeitsstörungen und Triebstörungen als 4. Merkmal „schwere andere seelische Abartigkeit“, als einen die Schuld vermindernden Grund angesehen (§ 21 StGB). Auch Suchtkranke werden gemäß § 64 StGB behandelt. In Japan werden sie aber im 1. Schritt ausgeschlossen, da sie nicht als Betroffene erachtet werden. Eine Krankheit wie Intelligenzminderung wird hier ebenfalls ausgeschlossen. Danach wird im 2. Schritt geprüft, ob die Krankheit behandelt werden kann. Nur diejenigen, für die bei der Resozialisierung noch irgendwelche Hindernisse bestehen (die Wohnung ist noch nicht vorhanden, die Familie hat noch kein Verständnis dafür usw.), werden als Betroffene gemäß dieses Gesetzes behandelt. In Deutschland werden Menschen mit Persönlichkeitsstörungen usw. behandelt, wenn sie als vermindert Schuldfähige in der Psychiatrie untergebracht werden. In Japan werden Sie als Schuldfähige in Strafvollzugsanstalten aufgenommen. Statt einer Behandlung wird eine Strafe verhängt. Davon kann man ableiten, dass das neue Gesetz hauptsächlich Menschen mit Schizophrenie betrifft. Dieser Punkt wird von vielen Wissenschaftlern kritisiert. Ursprünglich sah das neue Gesetz vor, straffällig gewordene psychisch kranke Menschen intensiv von spezialisierten Fachleuten betreuen zu lassen, da in der allgemeinen Psychiatrie Behandlung bzw. Versorgung nicht möglich waren. Nun werden aber fast ausschließlich schizophrene Straftäter betreut. Der Grund liegt darin, dass sich viele Mitarbeiter der Psychiatrie weigerten, solche „problematischen“ Patienten zu betreuen und sich lieber den „unkomplizierten“ Patienten widmen wollten.

2.3.2 Stationäre Behandlung

Für die Betroffenen wird von der öffentlichen Hand eine spezielle Behandlung in einer besonderen Umgebung angeboten. Neue forensische Stationen wurden sogar extra für diese Maßnahme innerhalb von psychiatrischen Krankenhäusern errichtet[11]. Die Anzahl der Planbetten einer Station liegt in der Regel bei 33[12]. Die Station besteht aus vier Abteilungen; nämlich für die akute Phase (6 Planbetten), für die Wiederherstellungsphase (14 Planbetten), für die Resozialisierungsphase, d. h. für die Patienten, die vor der Entlassung stehen (8 Planbetten), sowie für weibliche Patienten (5 Planbetten). Außerdem gibt es drei nicht belegte Zimmer inkl. Isolationsraum. Alle Patienten wohnen in Einzelzimmern (mind. 10 qm). Es wird darauf geachtet, dass die Patienten nach englischem Modell in einer wohnlichen

---

[10] *Kato* kritisiert die Undeutlichkeit in Bezug auf die Definition der Betroffenen. *Hisao Kato* (2006). Rolle und Aufgabe der forensischen Psychiater. In: Forensic Mental Health 5 . Tokyo: Nakayama Verlag, S. 101.

[11] Der hauptsächliche Grund für die Errichtung von spezialisierten forensischen Stationen ist, dass es bis jetzt keine geeigneten hochgesicherten medizinischen Einrichtungen gab.

[12] Verwaltungsrichtlinien für stationäre Einrichtungen, National Center of Neurology and Psychiatrie (Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt), Japan.

Umgebung behandelt werden. Dafür achtet das Krankenhaus Musashi (Tokyo) z. B. auf folgende Punkte: Dadurch dass die Fenster nicht vergittert sind, erweckt das Gebäude einen freundlichen Eindruck. Die Sicherheit ist jedoch dadurch gewährleistet, dass die Fenster nur bis 10 cm geöffnet werden können. Die Station ist wie folgt aufgebaut, zur Beruhigung der Patienten weisen die Fenster in den ruhigen Innenhof, in dem sich ein Garten befindet. Die Videoüberwachung findet nur in den Bereichen statt, die aufgrund des Aufbaus nicht direkt vom Personal eingesehen werden können.

Für die 33 Patienten stehen im Krankenhaus Musashi z. B. folgendes Personal zur Verfügung: 3,75 Psychiater (3 Vollkräfte, 3/4 Vollkraft), 43 Pfleger, 3 Psychologen, 2 Beschäftigungstherapeuten, 2 Sozialarbeiter, 2 Büroangestellte (davon 1 Teilzeitarbeiter) und 1 Sicherheitsdienst (24 Stunden im Wechsel).

Die Behandlung wird gemäß einem individuellen Behandlungsplan durchgeführt, der von der Gruppe, bestehend aus verschiedenen Berufen (Arzt, Pfleger, Beschäftigungstherapeut, Psychologe, Sozialhelfer) aufgestellt wurde. Zum Inhalt gehören z. B. kognitive Verhaltenstherapie, Anger-Management usw. Hierbei setzt sich der Täter mit der Straftat auseinander, die er begangen hat. Ziel ist es auch beim Betroffenen ein Mitleidgefühl gegenüber dem Opfer zu erwecken. Als Beschäftigungstherapie werden außer Gärtnerei, Musiktherapie, Sporttherapie auch typisch japanische Aktivitäten, wie Origami oder Teezeremonie, angeboten.

Es ist generell nur eine 18-monatige Unterbringung vorgesehen. Da das neue Gesetz hauptsächlich für schizophrene Menschen vorgesehen ist, empfand der Gesetzgeber eine 18-monatige Unterbringung als ausreichend. Es wird jedes halbes Jahr geprüft, ob eine Fortsetzung der Unterbringung erforderlich ist (§ 49 Abs. 2 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*). Nach der Entlassung sind sie verpflichtet, sich 3 Jahre lang (Verlängerung bis zu 5 Jahre möglich) ambulant behandeln zu lassen (§ 44 *Medizinisches Beobachtungsgesetz*). Gleichzeitig stehen sie unter Aufsicht eines Resozialisierungshelfers.

2.3.3 Aktuelle Situation

Über die Betroffenen, bei denen die Staatsanwaltschaft gemäß dem neuen Gesetz zu verfahren hat, berichtet das Justizministerium[13]. Danach gab es in dem Zeitraum von 15.07.2005 bis zum 31.05.2006 insgesamt 299 Anträge nach dem neuen Gesetz. Von den Betroffenen waren etwas mehr als 70% männlich und ca. 30% weiblich. Bei den Delikten handelt sich hauptsächlich um Körperverletzungen und Tötungsdelikten. Mehr als die Hälfte der betroffenen Straftäter waren zwischen 30 und 49 Jahr alt.

Als der Gesetzgeber das Gesetz verkündete, wurden 700 Planbetten für die Betroffenen geplant, aber tatsächlich gab es bis 31.07.2006 nur 184 Planbetten[14].

[13] Bericht vom Justizministerium, 31.05.2006.

[14] Quelle: Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt.

Ein Grund hierfür ist, dass sich Anwohner gegen den Bau von neuen Einrichtungen in ihrer Nachbarschaft wehrten. Dieser Mangel an Einrichtungen führt dazu, dass z. B. oftmals Betroffene aus eine Präfektur, in der es noch keine Einrichtungen nach dem neuen Gesetz gibt, unter Aufsicht in eine andere Präfektur transportiert werden müssen. Dieser Transport ist sehr kosten-, zeit- und personalintensiv.

Von den vorhandenen 184 Planbetten waren bis zum 31.07.06 ca. 80% schon belegt[15]. Deshalb ist damit zu rechnen, dass die noch zur Verfügung stehenden Kapazitäten bald ausgeschöpft sind.

Die Diagnose bei den Betroffenen lautet, wie zu vermuten war, fast immer Schizophrenie[16].

2.3.4 Ambulante Behandlung

Das neue Gesetz ermöglicht auch eine ambulante Behandlung. Die Kosten für diese Behandlung trägt, genauso wie bei der stationären Behandlung, die öffentliche Hand. Es ist leider allgemein bekannt, dass diejenigen, die aus der Unterbringung entlassen werden, in vielen Fällen, aus unterschiedlichen Gründen, ihre Medikamente wieder absetzen. Dies führt häufig zu einem Rückfall. Um den Erfolg einer stationären Behandlung zu erhalten, ist eine ambulante Nachsorge unabdingbar. Betroffen sind diejenigen, welche aus einer stationären Einrichtung entlassen wurden, sowie jene, bei denen unmittelbar nach der Beurteilung eine ambulante Behandlung angeordnet wird, da für sie eine so intensive Behandlung, wie sie die stationäre Behandlung darstellt, nicht erforderlich ist. Dabei spielen die Resozialisierungshelfer eine essenzielle Rolle. Sie betätigen sich nicht nur als Aufsichtsbehörde, sondern auch als Vermittler zwischen den beteiligten Einrichtungen. Die ambulante Behandlung zielt auf die Sicherstellung einer kontinuierlichen und angemessenen Behandlung der Betroffenen sowie auf die Verhütung von Rückfällen und eine Weiterleitung der Betroffenen in die allgemeine Psychiatrie. Die Betroffenen werden von Mitarbeitern der ambulanten Einrichtungen und von Resozialisierungshelfern zweiseitig betreut, damit sie straflos in der Gesellschaft leben können.

3 Fazit

Als Fazit möchte ich noch einmal kurz den Charakter dieser Maßnahme darstellen. Mit dem neuen Gesetz hat man es in Japan endlich erreicht, die Justiz auch bei der Maßnahme zu beteiligen. Dabei muss ich aber hervorheben, dass es sich bei der

---

[15] Bericht von Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt, 31.07.2006.

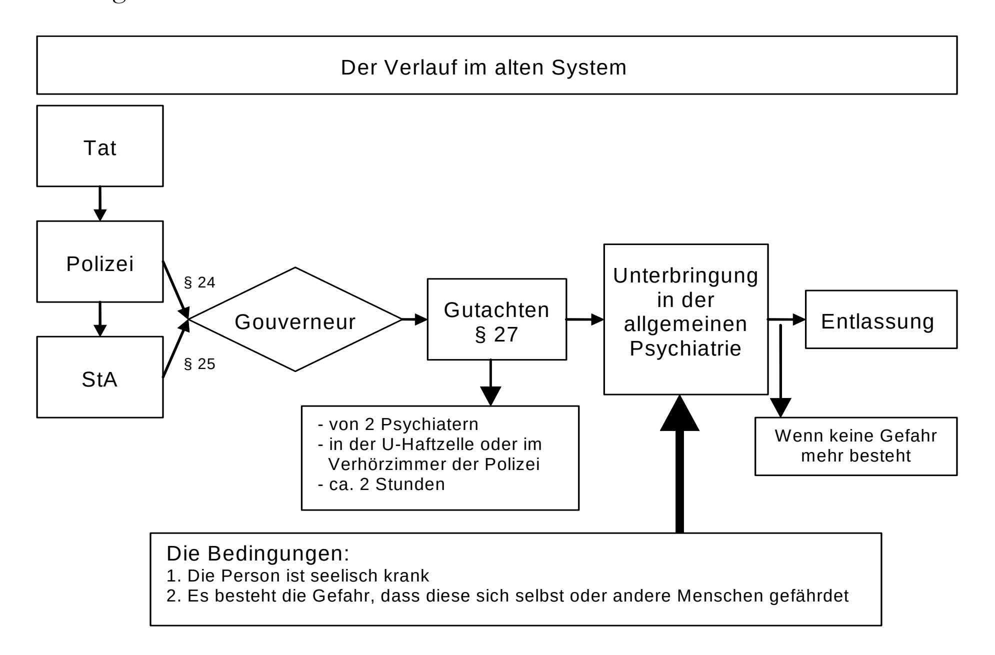
[16] Diagnose von insgesamt 146 Patienten: 126 (86.3%) sind an Schizophrenie erkrankt, Manisch-Depressive Psychose 8 (5.5%), Alkoholintoxikation 3 (2.1%), Sonstige 9 (6.2%); Quelle: Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt.

Maßnahme im japanischen System immer noch um eine medizinische Maßnahme handelt. Während der deutsche Maßregelvollzug eher die Sicherung der Allgemeinheit in den Vordergrund stellt, betont die japanische Maßnahme vor allem die Resozialisierung der Betroffenen. Die Unterbringung sieht vor, dass die Untergebrachten generell nach 18 Monaten wieder in die Gesellschaft zurückkehren sollen. Folglich passiert folgendes. Die psychisch kranken Täter, bei denen ein höheres Rückfallrisiko besteht, werden als vermindert schuldfähig in der Strafanstalt aufgenommen, obwohl bei ihnen formell auch die neue Maßnahme angeordnet werden könnte. Das neue Gesetz hat zwar auf der einen Seite einen neuen Resozialisierungsweg für einen bestimmten Teil psychisch kranker Täter geschaffen, auf der anderen Seite lässt es jedoch gegenüber den Kranken, bei denen die medizinische Intervention nicht möglich ist, eine befriedigende Lösung vermissen. Für 2010 ist eine Verbesserung dieses Gesetzes vorgesehen. Dabei müssen weitere Lösungen für die in der Praxis auftretenden Probleme gefunden werden.

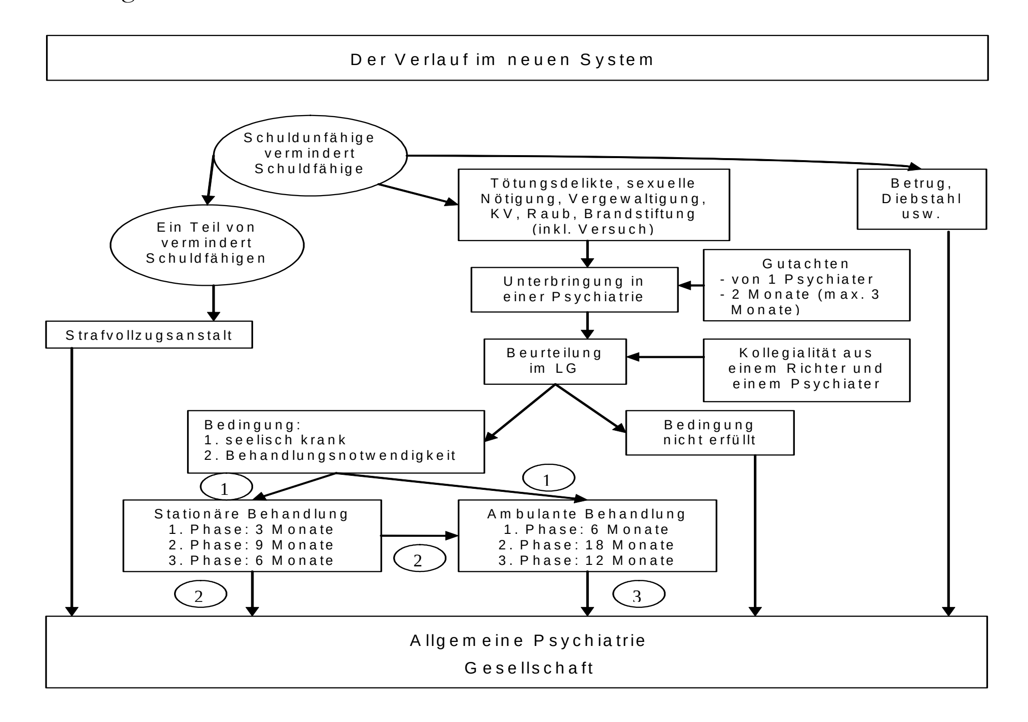
Tabelle 1: Schuldunfähige, vermindert Schuldfähige (Quelle: Summary of the White Paper on Crime)

		Einstellung			Klageerhebung		
Jahr	gesamt	gesamt	Schuld unfähige	v. Schuld-fähige	gesamt	Schuld unfähige	v. Schuld-fähige
2002	734	664 (90.5)	360 (49.0)	304 (41.4)	70 (9.5)	1 (0.1)	69 (9.4)
2003	693	604 (87.2)	324 (46.8)	280 (40.4)	89 (12.8)	3 (0.4)	86 (12.4)
2004	649	561 (86.4)	324 (49.9)	237 (36.5)	88 (13.6)	7 (1.1)	81 (12.5)
2005	811	745 (91.9)	370 (45.6)	375 (46.2)	66 (8.1)	1 (0.1)	65 (8.0)

Anhang 1:



Anhang 2:



F. Übergreifende Fragen der Reform der Juristenausbildung in Japan und Deutschland

Juristenausbildung in Japan
Law School japanischer Art

Keiichi Yamanaka

1 Einleitung

In Japan war und ist die Justizreform seit etwa 10 Jahren eine dringende Aufgabe. Zu ihrer Bewältigung hat die Regierung einen „Beratungsausschuss für die Justizsystemreform" im Jahre 1999 eingerichtet, dessen abschließendes Gutachten[1] im Jahre 2001 veröffentlicht worden ist. Es stellt seither gewissermaßen die Richtlinie der nachfolgenden Reformversuche dar.

Das Gutachten hat die Grundidee und Richtung der Justizreform klar herausgearbeitet. Es schildert die von der Gesellschaft des 21. Jahrhunderts erwartete Rolle der Justiz und auch der Juristen und beschreibt die Rolle Letzterer so: Juristen, die als Professionelle an der Justizpraxis direkt teilnehmen, müssen sozusagen als „die Ärzte im Sozialleben der Bürger" jenen die für ihre Lebensverhältnisse und Nachfragen benötigten Dienste auf dem Gebiet des Rechts anbieten, damit sie die verschiedenen Lebensverhältnisse für ein autonomes Dasein positiv gestalten, aufrechterhalten und entwickeln können.

Das Gutachten nennt „drei Säulen der Justizreform":
Erstens sollte die Justiz nutzbarer, verständlicher und vertrauenswürdiger gemacht werden, um ein System aufzubauen, das die Erwartungen der Bürger erfüllen kann.

---

[1] Recommendations of the Justice System Reform Council - For a Justice System to Support Japan in the 21 th Century http://www.kantei.go.jp/foreign/judiciary/2001/ 0612report.html.

Zweitens ist die Art und Weise der Ausbildung der Juristen, die die Justiz unter stützen, zu reformieren, um eine in Qualität und Quantität genügende Anzahl zu sichern: Eine Erweiterung der Juristenanzahl ist dringend notwendig.
Drittens ist das Vertrauen der Bürger in die Justiz durch ein System zu erhöhen, das die Teilnahme der Bürger an justiziellen Verfahren einführt und so die Akzeptanz der Justiz in der Bevölkerung stärkt.

Die Juristenausbildungsreform beruht auf der zweiten Säule. Vorschlag des Beratungsausschusses war die Vermehrung der Juristenanzahl durch ein Law School-System, welches das Law School-System der USA als Modell aufnimmt[2], es aber in ein „Law School-System japanischer Art“ umsetzt.

2 Sinn und Zweck des Law School-Systems

Die Law Schools in Japan sind Voraussetzung für das Staatsexamen, das grundsätzlich alle Volljuristen ablegen müssen. Nur die Absolventen der Law School haben (mit einer Ausnahme[3]) die Berechtigung, das Staatsexamen zu machen. Die Law School ist als „Graduate School“[4] zu bezeichnen. Das Kultusministerium hat einen allgemeinen institutionellen Rahmen für neue Kurse in der Graduate School eingerichtet: Die „Professionelle Graduate School“. Die Law Schools sind dieser Gruppe zuzuordnen.

Die Juristische Fakultät besteht weiterhin. Die Law School wird an die juristische Fakultät angehängt, ist jedoch auch für Nicht-Jura-Absolventen geöffnet: Offenheit und Verschiedenheit sind das Motto des Law School-Systems.

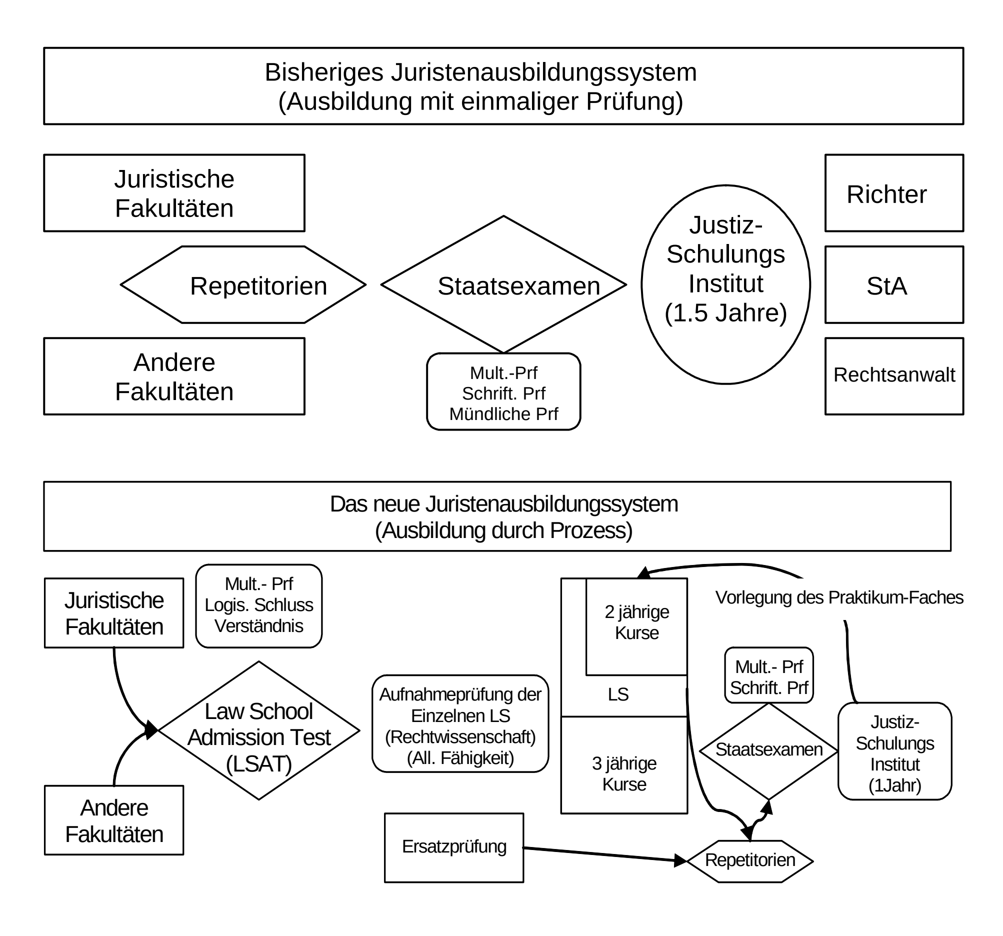
Die Kurse dauern für „Jura-Studenten“ 2 Jahre, für „Nicht-Jura-Studenten“ 3 Jahre. Die Jura-Studenten können mit der 2. Klasse (3. bis 4. Semester) anfangen, während die Nicht-Jura-Studenten mit der 1. Klasse (1. bis 2. Semester) beginnen müssen. Folgendes Schaubild zeigt den Ablauf der Juristenausbildung im alten und neuen, d. h. mit dem Law School-System.

---

[2] Vgl. *Maxeiner, James/Yamanaka,Keiichi,* The New Japanese Law Schools. Putting the Professional into Legal Education, Pacific Rim Law& Policy Journal, University of Washington Volume 13, No. 2, April 2004, P. 303 ff.

[3] Es ist vorgesehen, ein „Ersatzexamen-System“ zuzulassen. Auch die Nicht-Absolventen können das Staatsexamen machen, wenn sie ein Ersatzexamen bestanden haben.

[4] Die Graduate Schools in Japan bestehen zur ersten Hälfte aus Magistranden-Kursen und zur letzten Hälfte aus Doktoranden-Kursen. Die Law School sind den Magistranden-Kursen zuzuordnen.



Im bisherigen Ausbildungssystem waren die Vorlesungen der juristischen Fakultäten und das Staatsexamen völlig voneinander getrennt. Derjenige, der Jurist werden wollte, musste sich meistens in den Repetitorien extra auf das Staatsexamen vorbereiten. Normalerweise braucht man nach Absolvierung der juristischen Fakultäten mindestens 2 oder 3 Jahre bis zum Bestehen des Staatsexamens. Das neue Ausbildungssystem hat den Zweck, durch punktartige einmalige Prüfungen quasi prozesshaft die Ausbildung in der Law School zu gestalten. Der Grund liegt darin, dass das alte Staatsexamen inzwischen nicht mehr die Funktion erfüllt, exzellente, schöpferische und multitalenthafte Juristen auszuwählen. Vielmehr hat die Anzahl solcher Studenten zugenommen, die nur mit einer langjährig erlernten Prüfungstechnik das Examen bestanden haben.

Die zu gründenden Law Schools Japans sollten eine professionelle Ausbildungsinstitution sein, deren Vorlesungen bzw. Übungen oder Seminare in kleinen Klassen stattfinden. Bei den Vorlesungen sollten die Zuhörer unter 50 Studenten sein, bei den Übungen oder Seminaren unter 30. Die Vorlesungen müssen der sog. „Sokratischen Methode" folgen, d.h. nicht einseitige Vorlesung,

sondern eine zwischen Lehrenden und Studierenden laufende Kommunikation. Statt theoretischer Erklärung sind Anwendungsübungen zur Falllösung gewünscht, die „Problemmethode“ ist bevorzugt gegenüber dem „Systemdenken“. Wegen ihrer Charakterisierung als „Professionelle Graduate School“ orientiert sich der Lehrinhalt der Law School an der Praxis, dabei aber grundsätzlich mehr an der theoretischen Falllösung.

3 Der Hintergrund der Law School Gründung

In Japan wurde die Justiz lange als „einsam-stolzes Königreich“ bezeichnet. Für die Bürger ist die Schranke der Justiz extrem hoch und lässt sie zögern, diese leicht zu benutzen. Deswegen wählen die Bürger bei Streitigkeiten zur Problemlösung eher ein anderes funktionsfähiges Mittel[5]. Man bezeichnet die Justizrealität als „20 prozentige Justiz“, weil sie anders als Parlament und Verwaltung ihre Funktion nur zu 20 Prozent erfüllt. Trotzdem werden gerichtliche Verfahren nicht schnell erledigt, die Verspätung ist vor allem bei schwierigen Fällen groß. In den Strafsachen ist die Justiz sehr stolz darauf, dass die Personen, gegen die der Staatsanwalt die Anklage erhoben hat, zu mehr als 99,9 % verurteilt wurden. Die japanische StPO folgt dem sog. Opportunitätsprinzip und deswegen erhebt die Staatsanwaltschaft überhaupt keine Anklage bei nicht zu erwartender Verurteilung. Infolgedessen ist die Verurteilungsquote außerordentlich hoch. Auch das Hauptverfahren in Strafsachen dauert relativ lang. Die japanische Strafjustiz ist stolz auf ihre „Präzisionsjustiz“, denn obwohl §1 der japanischen StPO als Zweck der Strafprozessordnung nicht nur die „Klärung der Wahrheit der Sache“, sondern auch eine „faire und schnelle Anwendung und Verwirklichung der Strafvorschriften“ benennt, wird der „Findung der materiellen Wahrheit“ ein überwiegender Wert zuerkannt. Für die Justiz ist die Wahrheitsfindung viel wichtiger als eine faire und schnelle Falllösung.

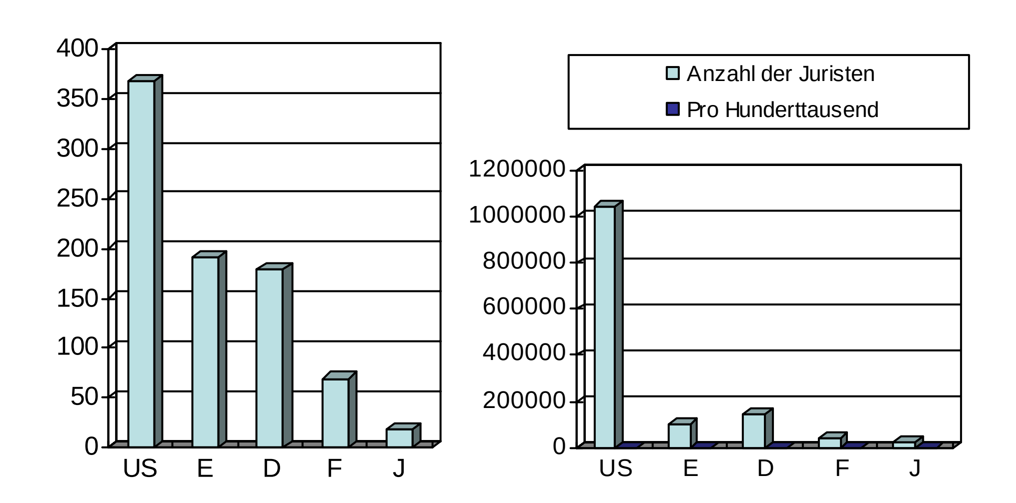
Besorgnis in Wirtschaftskreisen war und ist, dass diese Disfunktionalität der Justiz großen wirtschaftlichen Schaden verursacht, weil Unternehmen bei Prozessen nur auf deren Langfristigkeit und nicht auch deren Erfolgssicherheit vertrauen können. Japanische multinationale Unternehmen erheben deshalb ihre Zivilprozesse gegen andere japanische multinationale Konkurrenzunternehmen nicht in Tokyo, sondern in Singapur oder New York. Zugleich wurde die japanische Wirtschaft als „Schutzflotte“ bezeichnet, denn das Ministerium für Industrie hat lange mit gesetzlichen Schutzvorkehrungen einzelne Unternehmen unterstützt, innerhalb Japans dagegen die Konkurrenz möglichst vermieden. Unter dem Druck der Amerikaner hat in den letzten Jahrzehnten allmählich eine sog. Deregulationstendenz begonnen und nach dem Niedergang der Bubble Economy ist die

[5] Boryokudan (Yakuza=Mafia) spielt eine wichtige Rolle für die Streitlösungen unter den Bürgern; vgl. *Yamanaka*, Neue Bekämpfungsstrategien gegen die organisierte Kriminalität in Japan, Festschrift für Kaiser, 1998, S. 1001 ff., vor allem S. 1007.

Steigerung des Wettbewerbsbewusstseins, die Überwindung der Ineffektivität und des institutionellen Überschusses in allen Gebieten zur wichtigen politischen Aufgabe geworden. „Von vorheriger Regulation zu nachträglicher Kontrolle" ist heute das Stichwort in der Politik.

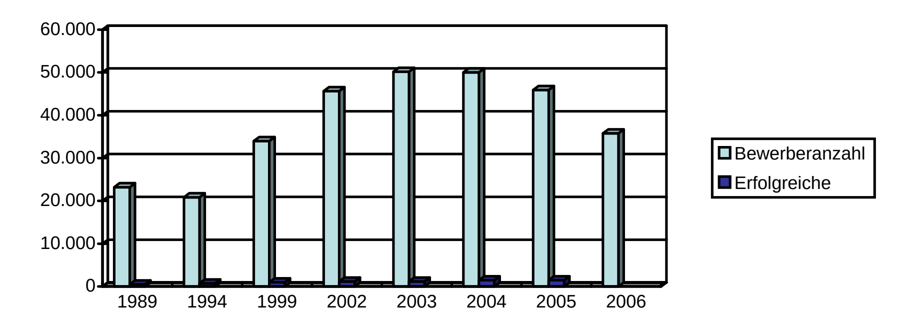
In einer solchen Gesellschaft sind viele rechtliche Streitigkeiten gleichsam vorprogrammiert. Expandiert Präventionsjurisprudenz, bedarf es der Vermehrung der Juristenzahl, um die Rechtsstaatlichkeit im ganzen Land zu gewährleisten. Dazu ist eine Funktionsverstärkung der Juristen notwendig, die als „Ärzte der Gesellschaft[6]" in einer modernen, divergenten und multikulturellen Gesellschaft in divergenter Funktion agieren. In dieser Gesellschaft sind Juristen mit bestimmten fachlichen Sonderkenntnissen und Erfahrungen in allen Rechtsgebieten gesucht. Die Ausbildung solcher Juristen ist eine wichtige Aufgabe der Law School, zumal die gesamte Juristenzahl in Japan sehr gering ist. Wenn man die Zahlen mit denen anderer entwickelter Ländern vergleicht, zeigt die graphische Darstellung Folgendes:

(Links: Pro 100.000 Bewohner; Rechts: Anzahl der Juristen). (US=USA, E=England, D= Deutschland, F= Frankreich, J= Japan).



[6] Gemeint ist, dass die Juristen den Ärzten gleich sein sollten und die kranke Gesellschaft heilen.

Bestandene Staatsexamina gab es bis 1993 etwa 500 pro Jahr. Die Zahl ist seit 1994 auf ca. 700, im Jahre 1999 auf 1.000 und ab 2002 auf etwa 1.200 gestiegen. Seit 2004 ist eine Zahl von 1.500 Absolventen vorgesehen. 2006 begann das neue Staatsexamen, das nun von den Absolventen der Law Schools gemacht wird. Das alte Staatsexamen besteht allerdings weiter bis 2010. Die Zahl der erfolgreichen Kandidaten wird sich allmählich verringern.



Die Erfolgsrate im Staatsexamen beträgt ca. 3%. 93 Juristische Fakultäten gibt es in ganz Japan, die Anzahl der Jura-Absolventen beträgt ca. 45.000 pro Jahr.

Jahr	Bewerber	Geprüfte	Erfolgreiche	Erfolgsrate (%) pro Bewerber	Erfolgsrate (%) pro Geprüfte
1989	23.202	21.308	506 (71)	2,18	2,37
1990	22.900	20.975	499 (74)	2,18	2,38
1991	22.596	20.609	605 (83)	2,68	2,94
1992	23.435	21.431	630 (125)	2,69	2,94
1993	20.848	17.714	712 (144)	3,42	4,02
1994	22.554	19.408	740 (157)	3,28	3,81
1995	24.488	21.272	738 (146)	3,01	3,47
1996	25.454	21.921	734 (172)	2,88	3,35
1997	27.112	23.592	746 (207)	2,75	3,16
1998	30.568	26.759	812 (203)	2,66	3,03
1999	33.983	29.890	1.000 (287)	2,94	3,35
2000	36.203	31.729	994 (270)	2,75	3,13

2001	38.930	34.117	990 (223)	2,54	2,90
2002	45.622	41.459	1.183 (277)	2,59	2,85
2003	50.166	45.372	1.170 (275)	2,33	2,58
2004	49.991	43.367	1.483 (364)	2,97	3,42
2005	45.885	39.428	1.464 (350)	3,19	3,71
2006	35.782	30.248	549 (118)	1.53	1.81

Die Anzahl der erfolgreichen weiblichen Kandidaten ist in Klammern angegeben.

Die Kandidaten für das Staatsexamen mussten sich nach Absolvierung der Fakultät meistens in Repetitorien lange Jahre auf das Examen vorbereiten. Das Erlernen der zu prüfenden Fächer ist fast nur Auswendiglernen. Mangelnde Anwendungskraft und Kreativität kennzeichnen deshalb die jungen Juristen.

4 Die Gründung der Law Schools

Der „Beratungsausschuss für die Justizsystemreform" hat in seinem Schlussbericht vorgeschlagen: „In der Law School sollte ein inhaltreiches Ausbildungsprogramm angeboten werden, so dass ein ziemlich großer Teil (z. B. 70 – 80%) der Law School Absolventen das Staatsexamen bestehen kann"[7]. Aber gleichzeitig beschloss der Schlussbericht auch, „etwa im Jahre 2010 sollte die Anzahl der bestandenen neuen Staatsexamen 3.000 Personen pro Jahr erreichen". „Durch diese Erweiterung der Juristenanzahl ist vorgesehen, dass die Anzahl der beruflich tätigen Juristen bis 2018 etwa die Größe von 50.000 Personen erreichen wird". Wenn 70 – 80% der Law School Absolventen das Staatsexamen bestehen sollen, muss der Numerus Clausus der gesamten Law Schools etwa 2100 bis 2400 betragen. Anfangs gab es deshalb auch im Kultusministerium die Idee, die Zahl der Law Schools im ganzen Land auf etwa 15 zu beschränken. Aber die Verwirklichung dieser Idee hat sich bald als unmöglich herausgestellt. In Wirklichkeit sind 74 Law Schools eingerichtet und genehmigt worden. Dies entsprach auch der Politik des Kultusministeriums, nach der eine nachträgliche Bewertung durch Dritt-Organe einer vorherigen Regulation durch die Konzessionsverwaltung vorzuziehen sein sollte.

[7] The "productive educational programs should be provided so that a certain ratio of those who have completed the course at law schools (z. B. 70 to 80%) can pass the new national bar examination discussed later". Recommendations of the Justice System Reform Council- For a Justice System to Support Japan in the 21st Century - June 12, 2001, The Justice System Reform Council Reform of the Legal Training system, Part 2. Law School, (2) purpose and philosophy (d) Educational Content and Methods.

Tabelle: Erfolgsquote der Staatsexamen je nach Universitäten

Universität	Bestanden	Bestanden	Bestanden
Jahr	2006	2005	2004
Tokyo	92	225	226
Waseda	85	228	226
Keio	57	132	170
Kyoto	43	116	147
Chuo	43	122	121
Hitotsubashi	14	51	57
Osaka	12	57	45
Doshisha	15	48	30
Meiji	18	28	46
Kobe	10	30	33
Tohoku	6	29	29
Jochi	15	24	25
Nagoya	3	32	26
Hokkaido	14	30	16
Ritsumeikan	6	26	23
Kansai	11	23	19
Kyushu	4	23	21
Rikkyo	5	19	21
Hosei	4	22	12
Kanseigakuin	4	13	16
Nippon	5	14	12
Aoyamagakuin	6	11	11
Osaka-Stadt	4	13	6

Kursive Namen bezeichnen die staatlichen oder städtischen Law Schools. Sonstige die privaten Law Schools. Dunkelfarbige bedeuten Law Schools im Gebiet um Tokyo, Hellfarbige die in der Region um Osaka/Kyoto/Kobe.

Die Universitäten, die juristische Fakultäten haben, gründeten fast alle Law Schools, weil juristische Fakultäten ohne Law School keinen guten Ruf bekommen können. Darunter waren auch Universitäten, die bislang noch fast keine erfolgreichen Staatsexamina produziert haben. Die meisten Law Schools konzentrieren sich in den zwei großen Gebieten um Tokyo und die Region Kansai, d. h. Osaka/Kyoto/Kobe.

Tabelle: Law Schools und ihr Numerus Clausus

Staatl. od. städtische Universitäten	Num. Cl.
Hokkaido	100
Tohoku	100
Hitotsubashi	100
Yokohamakokuritsu	50
Tokyo	300
Hauptstadt -Tokyo	65
Chiba	50
Niigata	60
Kanazawa	40
Nagoya	80
Kyoto	200
Osaka-Stadt	75
Osaka	100
Kobe	100
Okayama	60
Shimane	30
Kagawa (=Ehime)	30
Hiroshima	60
Kyushu	100
Kumamoto	30
Kagoshima	30
Ryukyu	30
Tsukuba, (Shinshu), Shizuoka	40, 40 30

Private Universitäten	Num. Cl.
Nippon	100
Hosei	100
Meiji	200
Waseda	300
Keio	260
Jochi (Sophia)	100
Omiya-Hoka	100
Chuo	300
Rikkyo	70
Meijigakuin	80
Aoyamagauin	60
Surugadai	60
Gakushuin	65
Kantogakuin	60
Toin-Yokohama	60
Kyotosangyo	60
Kinki	60
Kinki, Konan	80
Kobegakuin	60
Ryukoku	60
Doshisha	150
Ritumeikan	150
Kansai	130
Kanseigakuin	125

5 Das neue Staatsexamen

Die Gesamtzahl der Law School Studenten beträgt etwa 6.000. Wenn nur 3.000 Studenten das jährliche Staatsexamen bestehen können, bleibt eine Hälfte der Studenten ohne Abschluss. Da die Law School Absolventen innerhalb von 5 Jahren sich bis zu dreimal dem Examen unterziehen können, wird die Erfolgsquote etwa 20% pro Jahr sein. Bis 2010 besteht außerdem das alte Staatsexamen weiter, dessen vorgesehene Bestehensquote allmählich abnehmen soll. Die Absolventenzahl von 2006 ist aber noch gering, weil es kaum Absolventen der 3jährigen Kurse gibt. „Im Jahre 2006 haben mehr als 2.100 Studenten die Law Schools absolviert. Davon haben sich 2.125 Studenten um das Staatsexamen beworben und 2.081 Personen sich der Prüfung tatsächlich unterzogen. Am 21. September 2006 wurden die Erfolgsträger bestimmt: 1.009 Personen haben bestanden[8]. Die Erfolgsquote ist ca. 48%".

Das bestandene Examen wird aus der Summe der Resultate der schriftlichen Prüfung und der Multiple-Choice-Prüfung zusammengesetzt, wobei erstere mit 4 zu bewerten, letztere dagegen mit 1 zu bewerten ist.

Tabelle: Resultate des neuen Staatsexamens von 2006 nach Universität

Law Schools	Geprüfte	Multi-Bestehende	Bestehende	Bestehens-quote
Chuo	239	212	131	54.80%
Tokyo	170	143	120	70.60%
Keio	164	138	104	63.40%
Kyoto	129	112	87	67.40%
Hitotsubashi	53	51	44	83.00%
Meiji	95	86	43	45.30%
Kobe	62	58	40	64.50%
Doshisha	88	61	35	39.80%
Kanseigakuin	64	48	28	43.80%
Ritsumeikan	102	69	27	26.50%
Hokkaido	37	35	26	70.30%
Hosei	61	46	23	37.70%
Tohoku	42	33	20	47.60%
Kansai	50	42	18	36.00%
Osaka-City	26	24	18	69.20%
Jochi(Sophia)	51	39	17	33.30%
Hauptstadt-Tokyo	39	34	17	43.60%
Nagoya	28	24	17	60.70%
Gakushuin	49	31	15	30.60%

[8] Die Zahl der vorgesehenen Absolventen ist zuvor mit „900 bis 1.200 Personen" angekündigt worden.

Chiba	26	23	15	57.70%
Aichi	18	17	13	72.20%
Waseda	19	17	12	63.20%
Seikei	25	22	11	44.00%
Osaka	21	17	10	44.00%
Senshu	51	37	9	17.60%
Meijigakuin	18	14	8	44.40%
Soka	14	13	8	57.10%
Nippon	54	30	7	13.00%
Rikkyo	18	13	7	38.90%
Kyushu	13	10	7	53.80%
Yamanashigakuin	11	8	6	54.50%
Konan	18	15	5	27.80%
Aoyama	14	10	5	35.70%
Nanzan	19	8	5	50.00%
Niigata	10	8	5	50.00%
Yokohama-Kokuritsu	10	7	5	50.00%
Toyo	27	17	4	16.70%
Daitobunka	19	9	4	21.10%
Kanagawa	13	11	4	30.80%
Okayama	12	8	4	33.30%
Hiroshima	12	11	3	25.00%
Kinki	6	4	3	50.00%
Hakuo	6	6	3	50.00%
Fukuoka	5	4	3	60.00%
Surugadai	21	10	2	9.50%
Meijo	5	5	2	40.00%
Seinangakuin	4	3	2	50.00%
Komazawa	18	10	1	5.60%
Kantogakuin	15	11	1	6.70%
Kumamoto	4	4	1	25.00%
Kurume	4	2	1	25.00%
Kanazawa	2	2	1	50.00%
Kokugakuin	2	2	1	50.00%
Shimane	1	1	1	100.00%
Himeji Dokkyo	8	5	0	0.00%
Kobegakuin	3	2	0	0.00%
Tokai	3	1	0	0.00%
Kyotosangyo	1	1	0	0.00%

Tabelle: Die zu prüfenden Pflichtfächer des neuen Staatsexamens

Pflichtfach	Mult-Ch. Prüfung	Schriftliche Prüfung
Öffentliches Recht		
Punkt 200	Verfassungsrecht (20 Fragen)	Verfassungsrecht
Privatrecht	Verwaltungsrecht (20 Fr)	Verwaltungsrecht
I Punkt 100	Zivilrecht	Zivilrecht
II Punkt 200	Zivilprozessrecht	Zivilprozessrecht
Kriminalrecht	Handels- (Gesellschaftsrecht)	Handels- (Gesellschaftsrecht)
Punkt 200	(je 20 Fr)	Strafrecht
	Strafrecht (20Fr)	StPO
	StPO (20 Fr)	
Wahlfach (ein Fach)		
•Konkursordnung		
•Steuerrecht		
•Wirtschaftsrecht		
•Immaterialgüterrecht		
•Arbeitsrecht		
•Umweltrecht		
•Völkerrecht		
•Internationales Privat-recht		
Punkt 100		

Im Jahre 2006 wurde das Staatsexamen folgendermaßen vollzogen:

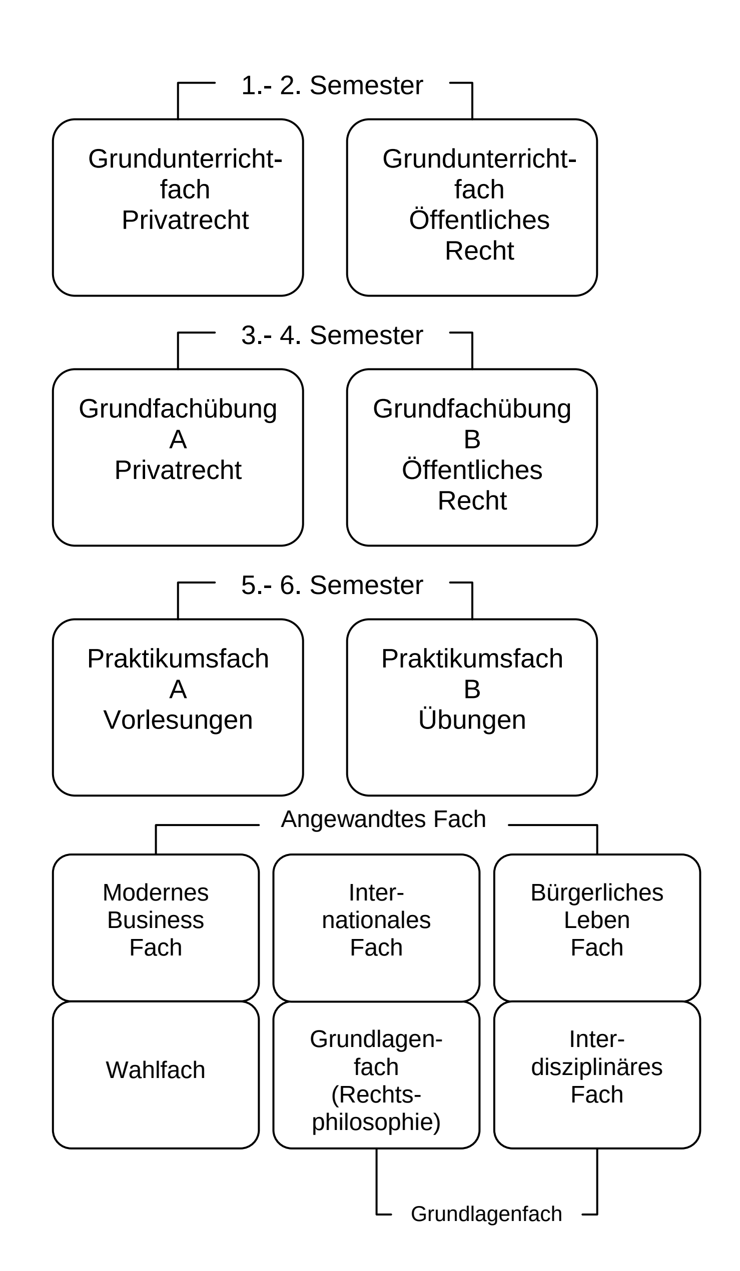
Datum	Art der Exam.	Fach	Zeit
19. Mai (Fr)	Mult-Prf	Privat R	2:30 Std. (9:00-12:00)
		Öffentl R	1:30 Std.(13:30-15:00)
		Kriminal R	1:30 Std.(16:00-17:30)
20.Mai(Sam)	Schr-Prf	Wahlfach	3:00 Std.(9:30-12:30)
		Öffentl R	4:00 Std.(14: 00-18:00)
22.Mai(Mo)	Schr-Prf	Privat R I	2:00 Std.(10:00-12:00)
		Privat R II	4:00 Std.(13:30-17:30)
23. Mai (Di)	Schr-Prf	Kriminal R	4:00 Std.(13:30-17:30)
21. Sep.		Ergebnis-Verkündung	Gegen 16:00 Uhr

6 Curriculum in Law School

Die Vorlesungen und Übungen an den Universitäten in Japan folgen grundsätzlich dem sog. Einheits- (oder Unit-)system. Wenn eine Vorlesung einmal pro Woche für ein Semester (14 bzw. 15 Mal) gehalten wird, ergibt das 2 Einheiten. Am Ende der Vorlesung werden die Studenten geprüft. Wenn die Zuhörer am Ende des Semesters die Prüfung bestanden haben, können sie zwei Einheiten bekommen. Die Studenten an der Fakultät müssen normalerweise insgesamt etwa 120 Einheiten in 8 Semestern (4 Jahre) sammeln, um die Fakultät zu absolvieren. Dabei müssen die Studenten in bestimmten Bereichen bestimmte Einheiten sammeln. In der Law School muss der Student für den 3-jährigen Kurs mehr als 90 Einheiten bekommen, derjenige für den 2-jährigen Kurs etwa 60 Einheiten. Letztere Studenten beginnen ihr Studium im 3. Semester. Das Schaubild unten zeigt ein Beispiel aus der Law School der Kansai Universität.

	Grundfächer	Kernfächer	Angewandte und Praktikums-fächer
1.-.2. Semester	1,VerfassungR, StrR-AT, ZivilR		
	2.StR-BT, ZivilR,HandelR, Civ.Str.ProzessR		
3.-.4. Semester		Übung für VerfR, ZivilR, StrR	Legal Writing & Discussion, Legal Klinik,
		ProzessR, HandelsR	Externship (in Vietnam), Moot-court
5.-.6. Semester		Zivil-, Straf-, ÖffentlR - Gesamt Übungen (3 Fächer)	

Das Charakteristikum lässt sich an dem Praktikumsfach einsehen: Juristische Ethik, Externship (Praktikum) bei Kanzleien, Mootcourt bzw. Rechtsberatung sind nicht an den juristischen Fakultäten eingerichtet, sondern nur in den Law Schools. „Legal Writing & Discussion" übt den Satzbau der juristischen Schriftsätze oder Legal Research bzw. juristische Argumentation oder Rhetorik.


1.- 2. Semester
Grundunterricht-
fach
Privatrecht
Grundunterricht-
fach
Öffentliches
Recht
3.- 4. Semester
Grundfachübung
A
Privatrecht
Grundfachübung
B
Öffentliches
Recht
5.- 6. Semester
Praktikumsfach
A
Vorlesungen
Praktikumsfach
B
Übungen
Angewandtes Fach
Modernes
Business
Fach
Inter-
nationales
Fach
Bürgerliches
Leben
Fach
Wahlfach
Grundlagen-
fach
(Rechts-
philosophie)
Inter-
disziplinäres
Fach
Grundlagenfach

Fach für 1. und 2. Semester	
Öffentliches Recht-Fach	
(1. Semester)	
Verfassung: Grundstruktur der Herrschaft	2 Einh.
Strafrecht: AT	4 Einh.
(2. Semester)	
Verfassung: Grundrechte	2 Einh.
Strafrecht: BT	2 Einh.
Strafprozessordnung	2 Einh.
Privatrecht-Fach	
(1. Semester)	
Bürgerliches Recht: AT des Vermögensrecht	4 Einh.
Bürgerliches Recht: BT des Vermögensrecht	4 Einh.
Bürgerliches Recht: Familienrecht	2 Einh.
(2. Semester)	
Bürgerliches Recht: Deliktsrecht	2 Einh.
Zivilprozessrecht	2 Einh.
Handelsrecht: Gesellschaftsrecht	4 Einh.
Handelsrecht: Geschäftsrecht	2 Einh.
Freies Fach	
Grundübung	2 Einh.
Jura-Englisch	2 Einh.

7 Die Aufnahmeprüfung in den einzelnen Law Schools

Alle Law Schools verlangen eine Aufnahmeprüfung. Die Bewerber müssen vorher den LSAT (Law School Admission Test) ablegen. LSAT ist für die Immatrikulation in jeder Law School vorausgesetzt, wird von zwei Veranstaltern[9] durchgeführt und jährlich im Mai und Juni in ganz Japan vollzogen. Der LSAT prüft keine Jura-Fächer, sondern das allgemeine Verständnis, die Satzbau- und die Schlussfolgerungsfähigkeit sowie die Fähigkeit zum logischen Denken.

Die Law Schools wählen die Bewerber folgendermaßen aus: (1) das Resultat des LSAT, (2) die Studiumsleistung (Noten an der Fakultät), (3) Sonderbewertungen für Sprachkenntnisse, Qualifikationen oder praktische Erfahrungen usw. und (4) eigene schriftliche oder mündliche Prüfung über allgemeine Kenntnisse.

Da die Aufnahme der Studenten in die 2-jährigen Kurse schon Grundkenntnisse der Rechtswissenschaft voraussetzt, muss die Law School diese Studenten durch Prüfung der Fachkenntnisse auswählen. Die Aufnahmeprüfung der Kansai Law School erfasst beispielsweise 6 Fächer, d. h. Verfassungsrecht, Strafrecht, Strafprozessrecht, Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Gesellschaftsrecht.

8 Verbliebene Probleme

Ausbildung und Vorlesungen bei den Law Schools funktionieren relativ gut. Das Verhältnis zwischen Lehrenden und Studenten, die gut vorbereitet und ernsthaft sind, wirkt sich relativ gut auf das Studenten-Training aus, wenn man es etwa mit den Studenten in der Fakultät vergleicht. Problematisch sind die Vorlesungen für Jura-Anfänger. Es ist fast unmöglich, innerhalb eines Jahres 6 Hauptfächer der Rechtswissenschaft zu erlernen. Aber in der Wirklichkeit vermehren sich in den 2 Jahren die Studenten, die schon in der juristischen Fakultät studiert haben und nun die 3-jährigen Kurse belegen.

Das größte Problem liegt in der Tatsache, dass nur etwa 20% der Absolventen der Law Schools das Staatsexamen bestehen. Was sollen diese Juristen nach 5 Jahren oder nach dem Misslingen des Examens machen?

Mir scheint das Law School System mit zu strengem Staatsexamen ein systematischer Widerspruch oder Fehler zu sein. Wenn man das amerikanische Law School System importiert, muss man am Anfang 70 bzw. 80% der Absolventen wie in USA als Juristen zulassen. Die Beschränkung auf 3.000 Personen pro Jahr hat keinen Grund außer der Erhaltung des Status quo für die berufstätigen Juristen.

---

[9] Einerseits das Daigakunyushi-Center (Universitätsaufnahmeprüfungszentrum) und anderseits die Homuzaidan von Nippon-Bengosi-Rengokai (Rechtspraxis-Stiftung der Japanischen Union der Anwaltsvereine).

Studenten an den staatlichen Law Schools müssen als Studiengebühr etwa Achthunderttausend Yen (knapp 5.500 Euro) bezahlen, Studenten an den privaten Law Schools mindestens 1,2 Millionen Yen pro Jahr. Stipendien für Studenten werden zwar angeboten, die Summe von mehr als 3 Millionen Yen für 3 Jahre ist aber viel zu hoch, um dafür eine Aussicht von 20% zu riskieren – ganz abgesehen von den gesellschaftlichen Belastungen.

Eine Lösung kann nur in einer wesentlichen Erweiterung der Erfolgsquote des Staatsexamens oder in der Verringerung des Numerus Clausus der Law Schools bestehen. Ein Abwarten als Resultat des Wettbewerbs zwischen den Law Schools geht nur zu Lasten der Studenten.

Übergreifende Fragen der Reform der Juristenausbildung in Japan und Deutschland – Die deutsche Sicht

Peter-Tobias Stoll

Die Juristenausbildung hat in Deutschland eine lange und besondere Geschichte und eine besondere Struktur (I.), die vielfach Gegenstand von Reformen gewesen ist. Zuletzt ist sie im Jahre 2003 grundlegend reformiert worden (II.). Aber schon jetzt kündigt sich weiterer Diskussions- und Reformbedarf an. In Deutschland wird nämlich immer deutlicher die Forderung erhoben, die juristische Ausbildung wie andere Studiengänge auch im Rahmen des sog. Bologna-Prozesses im Sinne eines Bachelor- und Masterstudiums neu zu strukturieren (III.). Bei der Betrachtung der aktuellen Reformdiskussion darf nicht vergessen werden, dass es sich dabei immer auch um Fragen der Ausgestaltung der juristischen Berufe handelt (IV.).

1 Grundlagen und Entwicklung

Wenngleich die deutsche Juristenausbildung in den Einzelheiten vielfach geändert und reformiert worden ist, ist ihre Gliederung seit langer Zeit unverändert geblieben. Danach beginnt die Ausbildung mit einem universitären Studium, in dem das Recht mit wissenschaftlichem Anspruch und mit seinen Bezügen zu den historischen, philosophischen und sozialen Grundlagen gelehrt wird. Die Regel-

studienzeit beträgt dabei 9 Semester.[1] In der Praxis benötigen die meisten Studierenden eine längere Zeit, um ihr Studium abzuschließen. In Niedersachsen beträgt etwa die tatsächliche Studienzeit durchschnittlich 11,13 Semester (Bezugsjahr 2006).[2] Während das Studium früher sehr frei war, sind inzwischen auf universitärer Ebene zahlreiche Leistungskontrollen vorgesehen, um die Studierenden zu einem straffen und zielführenden Studium anzuhalten und den jungen Studierenden notfalls sehr frühzeitig vor Augen zu führen, dass sie für das Studium nicht als geeignet erscheinen. An dieses universitäre Studium schließt sich eine staatliche Prüfung in Form eines Staatsexamens an, die früher eine Hausarbeit von 4-6 Wochen und/oder 4-10 Klausuren und eine umfangreiche mündliche Prüfung vorsah. Diese bisher sog. erste juristische Staatsprüfung ist im schriftlichen Teil durch Anonymität und das Vier-Augen-Prinzip gekennzeichnet. Die Identität der Verfasser der Hausarbeiten und Klausuren sind den Prüfern nicht bekannt. Jeweils zwei Prüfer beurteilen eine schriftliche Prüfungsleistung.[3] Thematisch gesehen ist der Prüfungsstoff der staatlichen Examensprüfung kaum eingeschränkt.[4] Geprüft werden typischerweise Fälle aus dem Zivil-, dem Öffentlichen und dem Strafrecht, wobei die Studierenden nach den einschlägigen Regeln und Methoden ein Rechtsgutachten erstellen müssen. Die Organisation und Durchführung der ersten juristischen Staatsprüfung ist den Justizprüfungsämtern anvertraut, die der Aufsicht der Justizminister der Länder unterstehen. Als Prüfer wirken an der ersten juristischen Staatsprüfung Praktiker, d. h. Richter, Staatsanwälte und Verwaltungsjuristen sowie Anwälte und Professoren mit.

Die erste juristische Staatsprüfung ist zugleich eine Art Eingangsprüfung für eine weitere Etappe der juristischen Ausbildung: Die Referendarzeit. Die Referendarzeit ist eine früher 3-4 und heute 2-3 jährige praktische Ausbildungszeit, die von der Justiz organisiert wird und in der die Auszubildenden verschiedene Stationen bei Staatsanwaltschaft, Gerichten, bei der Verwaltung und bei Anwälten durchlaufen.[5] Außerdem können sie in der sog. Wahlstation nach ihrer Wahl in den unterschiedlichsten Institutionen und Einrichtungen ausgebildet werden, soweit sie Juristen beschäftigen und ausbilden können. Diese Referendarzeit schließt mit einem weiteren Examen ab, was wiederum als Staatsprüfung ausgestaltet ist. Ähnlich wie bei der ersten juristischen Staatsprüfung sind hier auch Klausuren zu schreiben und eine mündliche Prüfung abzulegen, bei der zusätzlich noch ein Vortrag aus einer Gerichts- oder Verwaltungsakte bzw. einer staatsanwaltlichen Akte zu halten ist.[6] Mit der erfolgreichen Ablegung des zweiten juristischen Staats-

---

[1] Vgl. § 1 I Niedersächsisches Juristen Ausbildungsgesetz (NJAG).

[2] Vgl. den Jahresbericht 2006 des Präsidenten des Landesjustizprüfungsamts im Niedersächsischen Justizministerium (http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C36769573_L20.pdf).

[3] Vgl. § 13 I NJAG.

[4] Vgl. § 16 NJAG.

[5] Vgl. *P. Gilles/N. Fischer*, Juristenausbildung 2003 – Zur neuesten Ausbildungsreformdebatte in Deutschland, in Ritsumeikan Law Review 2003, 181-218, S. 188f.

[6] Vgl. § 9 NJAG.

examens erwerben die Absolventen die so genannte „Befähigung zum Richteramt“, die zugleich dazu berechtigt, die Berufe des Verwaltungsjuristen bzw. eines Staatsanwalts oder Rechtsanwalts auszuüben.[7] Die damit umschriebene juristische Ausbildung beruht auf einer Reihe von Leitprinzipien und historischen Begebenheiten. Sie trägt zunächst durch die verpflichtende Universitätsausbildung den Gedanken der Wissenschaftlichkeit des Rechts und der Rechtspflege Rechnung. In ihrer Ausrichtung am Leitbild des Richterberufs entspricht sie der großen Bedeutung, die Richter als staatliche Karrierebeamte in Preußen und in Deutschland gespielt haben und heute noch spielen.[8] Dies sieht man vor allem daran, dass anders als in anderen Staaten die juristische Ausbildung auch für eine Reihe von Verwaltungsfunktionen erforderlich ist und darüber hinaus die juristische Ausbildung auch als wesentliche Karriereausbildung für den Verwaltungsdienst gelten kann. Dieser großen Bedeutung, die die Juristen für den Staat spielen, trägt die Staatsprüfung Rechnung. Im Übrigen kennzeichnet die Juristenausbildung das Leitbild des so genannten „Einheitsjuristen“. Es besagt, dass unabhängig von der späteren beruflichen Tätigkeit die juristische Ausbildung trotz aller Spielräume der Spezialisierung für alle Juristen gleich gestaltet ist und dass die Absolventen dieser Ausbildung für alle juristischen Berufe gleich qualifiziert sind.[9]

An der Juristenausbildung wirken – wie die vorangegangene Schilderung schon erkennen lässt – eine Reihe ganz unterschiedlicher Institutionen mit. Die wesentlichen Grundlagen der Prüfung und der Berufsregeln für die unterschiedlichen juristischen Berufe werden vom Bund geregelt. Dabei spielt das deutsche Richtergesetz als Bundesgesetz eine wesentliche Rolle, weil es die Anforderungen und Prüfungen beschreibt, mit denen die Befähigung für das Richteramt erworben werden kann, die nach dem oben Gesagten zugleich die Qualifikationsvoraussetzungen für die anderen juristischen Berufe darstellt. Daneben sind als wesentliche weitere bundesrechtliche Regelungen die Bundes-Rechtsanwaltsordnung und das Rechtsberatungsgesetz zu nennen.

Die Ausbildung der Juristen in Universität und Staatsprüfung sowie in der Referendarzeit ist demgegenüber Sache der Länder. Sie haben alle Gesetze über die Juristenausbildung erlassen, die einige Grundlagen und Strukturen für das Universitätsstudium vorschreiben und die Einzelheiten der Staatsprüfungen sowie der Referendarzeit regeln. Andererseits vollzieht sich die Tätigkeit der juristischen Fakultäten im Rahmen der jeweiligen Universitäten und unterliegt in Grenzen deren Gestaltungsmöglichkeiten. Darüber hinaus wacht insoweit über die juristische Ausbildung in der Universität auch das Ministerium für Wissenschaft. Der Überblick über die Grundlagen der juristischen Ausbildung muss am Ende aber auch auf die Berufsbilder der Juristen eingehen. Der Beruf des Richters und auch

[7] Vgl. §10 NJAG.

[8] Umfassend dazu auch *F. Ranieri*, Juristenausbildung und Richterbild in der europäischen Tradition, in DRiZ, 1998, 285 - 294.

[9] *Hanns Prütting*, Folgen der Globalisierung für die Juristenausbildung, S. 6 (http://www.tokyo-jura-kongress2005.de/_documents/ pruetting_de.pdf).

der des Staatsanwalts sind – wie oben ausgeführt – staatliche Karriereberufe. Eine wesentliche Rolle spielt daneben der Beruf des Rechtsanwalts, der herkömmlicher Weise als freier Beruf einer starken staatlichen Reglementierung unterworfen war. Daneben spielten als selbständige öffentlich-rechtliche Körperschaften die Rechtsanwaltskammern eine Rolle bei der Ausübung des Berufes. Nur am Rande sei auf den Beruf des Notars hingewiesen, der in den deutschen Bundesländern unterschiedlich geregelt ist.

2 Die Reform der Juristenausbildung im Jahre 2003

Eine wesentliche Änderung hat die hergebrachte Struktur der Juristenausbildung mit dem Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11. Juli 2002 erfahren, dass zum 1. Juni 2003 in Kraft getreten ist.[10] Dieses Gesetz hat aufgrund der soeben geschilderten Kompetenzverteilung Änderungen in allen einschlägigen Ländergesetzen über die Juristenausbildung nach sich gezogen.[11] Wesentliches Anliegen der Reform war die Vorbereitung auf den Beruf des Anwalts in der bisher stark durch die Perspektive des Richterberufes geprägten Ausbildung zu stärken, die bisher gegebenen Wahl- und Spezialisierungsmöglichkeiten zu erweitern und diesen Teil der Ausbildung auf die Universitäten, d. h. auf die juristischen Fakultäten zu verlagern. Außerdem wurde die Bedeutung der Schlüsselqualifikationen und u. a. auch des Fremdsprachenunterrichts hervorgehoben. [12]

Während das Interesse an einer näher am Beruf des Anwalts orientierten Ausbildung im Wesentlichen mit einer verstärkten Zusammenarbeit der juristischen Fakultät mit den Anwaltskammern und Änderungen im Lehrplan der Universitäten und der Referendarzeit Rechnung getragen wurde, hatte die Ausweitung der Wahl- und Spezialisierungsbereiche in der juristischen Ausbildung tief greifend institutionelle Konsequenzen.[13]

Es hatte in der juristischen Ausbildung auch schon vor der Reform im Jahre 2003 die Möglichkeit gegeben, juristische Spezialisierungen in Form von so genannten „Wahlfächern“ in der mündlichen Prüfung zum Gegenstand des Staatsexamens zu machen. Allerdings war die Bedeutung dieser Wahlfächer gering. Die dort erzielten Noten spielten in der wichtigen Gesamtnote kaum eine Rolle.[14] Für die juristischen Arbeitsmärkte war die Wahlfachpräferenz der Studierenden bzw. Absolventen kaum sichtbar und hatte keine große Bedeutung.

---

[10] BGBl. I 2002, S. 2592; BT-Drucks. 14/7176 vom 17.10 2001.

[11] Für die Universität Göttingen gelten folgende novellierten Gesetze und Verordnungen: Niedersächsisches Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAG) vom 15.01.2004, Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAVO) vom 01.12.2004.

[12] Zu den Zielen der Reform *P. Gilles/N. Fischer*, (Fn. 5), S. 189f; *H. Prütting*, (Fn. 9), S. 6.

[13] *P. Gilles/N. Fischer*, (Fn. 5), S. 203.

[14] Nach Wahl 10 bis max. 30% vgl. §3 NJAG a. F. vom 18.09.2001.

Demgegenüber sieht die Reform ein Schwerpunktbereichsstudium vor, in dessen Rahmen die juristischen Fakultäten besondere Schwerpunktbereiche anbieten und in diesem Teil der Ausbildung eigene Leistungskontrollen und Prüfungen vorsehen. Die dabei erzielten Noten werden mit einem Anteil von 30% in der Gesamtexamensnote berücksichtigt.[15] Neben diesem universitären Schwerpunktbereichsstudium müssen die Studierenden wie bisher eine Prüfung vor den staatlichen Justizprüfungsämtern ableisten, die aus einer unterschiedlichen Anzahl schriftlicher Klausuren und einer mündlichen Prüfung besteht. Gegenüber den vorherigen Strukturen der ersten juristischen Staatsprüfung hat sich diese Prüfung nach Gestalt und Gewicht kaum verändert. Sie tritt sozusagen neben die staatliche Schwerpunktbereichsausbildung und -prüfung und nimmt – wegen des Anteils der universitären Schwerpunktbereichsausbildung – nur noch einen Anteil von 70% an der Examensnote ein. Die meisten juristischen Fakultäten haben die in der Reform liegende Möglichkeit zur Profilierung genutzt und eine Reihe von Schwerpunktbereichen ausgewiesen.[16] In Göttingen bestehen beispielsweise folgende Schwerpunktbereiche: Historische und philosophische Grundlagen des Rechts; Wirtschafts- und Arbeitsrecht; Europäisches Privat- und Prozessrecht; Privates und öffentliches Medienrecht; Internationales und Europäisches öffentliches Recht; Kriminalwissenschaften.[17] In diesen Schwerpunktbereichen gibt es für die Studierenden eine Reihe von Pflicht- und wiederum von Wahlveranstaltungen, die eine noch weitergehende Schwerpunktsetzung und Spezialisierung ermöglichen. Es werden – je nach Fakultät – als Prüfungen unterschiedliche Anzahlen von Klausuren, Seminararbeiten und mündliche Prüfungen vorgesehen.[18] In Göttingen müssen die Studierenden vier 2-stündige Klausuren schreiben und im Rahmen eines Seminars eine 4-wöchige so genannte Studienarbeit abfassen und in einem Seminarvortrag verteidigen.[19]

Wenngleich die Reform mit ihren Möglichkeiten für die universitäre Schwerpunktsetzung zu begrüßen ist, so hat die Verteilung der Prüfungslasten auf die staatliche Justizprüfung und die Universitäten aber auch ihre Schattenseiten. Sie liegen insbesondere in einer Verdopplung der Prüfungsbürokratie, die wegen den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Prüfung als Berufszugangsentscheidung recht strenge Anforderungen an die Regelung, Durchführung, Verwaltung und Archivierung von Prüfungen, Prüfungsverfahren und Prüfungsergebnissen stellt.

Es erscheint jetzt – 2-3 Jahre nach der Einführung und Umsetzung dieser Reform – noch verfrüht, ihre Vor- und Nachteile endgültig zu beurteilen. Es lässt

---

[15] § 5d II S.4 1.HS. DriG; §12 III NJAG.

[16] Ein bundesweiter tabellarischer Überblick bei *C .Rolfs/S. Rossi-Wilberg*, Die Ausbildung im Schwerpunktbereich und die erste Prüfung an den juristischen Fakultäten in Deutschland, in JuS 2007, 297-307, S. 301ff.

[17] § 3 I Schwerpunktbereichsprüfungsordnung der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (SchPrO).

[18] Vgl. *C. Rolfs/ S. Rossi-Wilberg*, (Fn. 16), S. 300.

[19] § 19 I SchPrO i.V.m. § 20 (Klausuren) bzw. § 22 (Studienarbeit) SchPrO.

sich aber bereits erkennen, dass die Möglichkeit zur Spezialisierung von gut qualifizierten Studierenden gerne genutzt wird, während die Verdopplung der Prüfungsverwaltung und die Regelung des nunmehr aus zwei Teilen bestehenden Prüfungszusammenhangs erhebliche Anstrengungen gekostet hat und auf die Dauer einen deutlichen administrativen Aufwand mit sich bringt.

3 Die Kontroverse um die Einführung eines Bachelor- und Masterstudiums

Während Prüfungsämter und Fakultäten noch damit beschäftigt sind, die Reform von 2003 endgültig umzusetzen und die neuen Veranstaltungen und Abläufe in der Praxis zu erproben und zu verbessern, stellt sich in Deutschland abermals die Frage nach einer Reform der Juristenausbildung. Sie stellt sich deswegen, weil im Jahre 1999 29 europäische Staaten die so genannte Bologna-Deklaration unterzeichnet haben und sich damit verpflichteten, bis zum Jahre 2010 einen „gemeinsamen europäischen Hochschulraum" zu schaffen.[20] In der Erklärung haben sich die unterzeichnenden europäischen Bildungsminister auf die Einführung eines Systems leicht verständlicher und vergleichbarer Abschlüsse und auf ein zweistufiges System von Studienabschlüssen (unterschieden nach undergraduate-Abschlüssen) und auf ein gemeinsames Leistungspunktesystem geeinigt (das so genannte ECTS-Modell sieht einheitliche Leistungspunkte für den gesamten europäischen Hochschulraum vor).[21] Außerdem sieht die Bologna-Deklaration[22] eine Beseitigung der Mobilitätshemmnisse für Studierende, eine Zusammenarbeit bei der Qualitätssicherung und eine so genannte „europäische Dimension" bei der Hochschulausbildung vor. Zur Umsetzung dieser Pläne haben in Deutschland die meisten Universitäten ihre Studiengänge auf eine Bachelor/Masterstruktur umgestellt.[23] Lediglich im Bereich der Medizin – die medizinische Ausbildung ist in der Bologna-Erklärung ausdrücklich ausgenommen – und im Bereich der Juristenbildung hat es eine solche Umstellung bisher nicht gegeben. Es gibt bisher lediglich drei Studiengänge deutscher juristischer Fakultäten, die mit einem Bachelor abschließen und zumeist eine wirtschaftsrechtliche Ausrichtung haben und im

---

[20] Aufgrund der gegebenen Kompetenzverteilung haben für Deutschland sowohl der Bund als auch die Länder die Bologna-Deklaration unterzeichnet.

[21] Vgl. im einzelnen *B. Dauner-Lieb*, Der Bologna-Prozess – endgültig kein Thema für die Juristenausbildung, in AnwBl. 2006, 5-9, S. 7.

[22] Der Europäische Hochschulraum – Gemeinsame Erklärung der Europäischen Bildungsminister, 19.06.1999. (http://www.bmbf.de/pub/bologna_deu.pdf).

[23] Die aktuelle Statistik der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) weist im Wintersemester 2006/07 bei 11.492 Studienmöglichkeiten 3.075 Bachelor-/Bakkalaureus- und 2.113 Master-/Magisterstudienmöglichkeiten aus. Die neuen Studiengänge bilden damit 45 % des Studienangebots an deutschen Hochschulen. Deutsche HRK, Statistische Daten zur Einführung von Bachelor- und Masterstudiengängen – Wintersemester 2006/2007, (http://www.hrk-bologna.de/bologna/-de/download/dateien/StatistikBA_MA_WiSe2006_07.pdf).

größeren Umfang wirtschaftswissenschaftliche Gegenstände einbeziehen.[24] In ähnlicher Form besteht in Göttingen die Möglichkeit, Rechtswissenschaften als eines von zwei Teilfächern in einem Bachelor-Angebot der Philosophischen Fakultät zu studieren.[25] In der Tat sehen die meisten juristischen Fakultäten und insbesondere ihre Organisation – der Deutsche Juristen-Fakultätentag – sehr wohl die Möglichkeit in einem Bachelor-Studium juristische Lehrinhalte mit anderen Fächern, insbesondere den Verwaltungswissenschaften, den politischen Wissenschaften und den Wirtschaftswissenschaften oder Sprachen zu verbinden.[26] Auf der anderen Seite betonen die Justizministerien und die juristischen Fakultäten deutlich, dass eine solche Ausbildung ihrer Ansicht nach nicht zu einem klassischen juristischen Beruf führen kann und soll.[27] Ein solcher Beruf – so wird geltend gemacht – erfordere eine etwa 5-jährige Universitätsausbildung in dem Fach Rechtswissenschaften. Die Einführung eines Abschlusses bereits nach 3 Jahren in diesen 5-jährigen Ablauf sei kaum sinnvoll, weil die erworbenen juristischen Qualifikationen für die klassischen juristischen Berufe nicht ausreichten und für andere Tätigkeitsfelder die notwendige Breite und Ergänzung durch andere Fächer vermissen ließen.[28]

Es wird oft und zu Recht darauf hingewiesen, dass die Debatte um die Einführung eines Bachelor- und Masterabschlusses in der juristischen Ausbildung nicht ohne Betrachtung des größeren Zusammenhangs des Staatsexamens diskutiert werden kann.[29] In der Tat erscheint es relativ wenig ergiebig zu sein, in das juristische Studium einen Bachelor- und möglicherweise noch einen Masterabschluss einzuführen, wenn am Ende doch eine große und umfassende staatliche Prüfung stattfindet, die den Zugang zu juristischen Berufen eröffnet und die Studierenden in die Referendarzeit weiterleitet.

In der Tat verbirgt sich hinter der Diskussion über Bachelor- und Masterstudiengänge im Falle der juristischen Ausbildung die weitergehende Frage, ob das bisher stark staatlich geprägte Modell der Juristenausbildung mit den beiden Staatsprüfungen und der staatlich organisierten und finanzierten Referendarsausbildung fortgesetzt werden soll. Unverkennbar spielen auch finanzielle Gründe hier eine Rolle, weil der Staat bisher sämtliche Referendare alimentieren muss, aber selbst

---

[24] Ernst-Moritz-Arndt- Universität Greifswald, Gerd-Bucerius-Law-School in Hamburg, Universität Kassel.

[25] Prüfungsordnung für den 2-Fächer-Bachelorstudiengangan der Universität Göttingen – Beschluss des Fakultätsrats der Juristischen Fakultät am 04.09.2006.

[26] Beschlüsse des 84. Deutschen Juristen-Fakultätentages am 25.06.2004 (http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/Texte/ Sonstige/protokoll.pdf).

[27] Abschlussbericht des Ausschusses der Justizministerkonferenz zur Koordinierung der Juristenausbildung
(http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/bologna_prozess/abschlussbericht.pdf).

[28] Besonders kritisch zu den Themen Vorbereitungsdienst, Verzicht auf die Staatsprüfung und die Umsetzung der Bologna-Erklärung als Kritik am „Stuttgarter Reformmodell" *H. Schöbel*, „Das Stuttgarter Reformmodell" - Nicht zukunftsfähig, in JuS 2007, 504-508; Für eine 4:1 Teilung *B. Dauner-Lieb*, (Fn. 21).

[29] So u.a. *B. Dauner-Lieb*, (Fn. 21), S. 6; *Hanns Prütting*, (Fn. 9), S. 6.

nur den kleineren Teil der Absolventen der zweiten juristischen Staatsprüfung für die staatlichen Laufbahnen benötigt. Außerdem ist nicht zu verkennen, dass die Rechtsanwälte, die über die zu große Zahl ihrer tätigen Berufskollegen besorgt sind, die Ausbildung der jungen Juristen selbst in die Hand nehmen wollen und möglicherweise eine Art „bar exam" anstreben, dessen Zugang sie in einigem Umfang selbst steuern wollen und können.[30] Da – wie oben angedeutet – die Gestaltung der juristischen Ausbildung unterschiedlichen Institutionen obliegt, ist zu erwarten, dass die Kontroverse um eine Neugestaltung der juristischen Ausbildung noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Dies vor allem, weil eine Reihe interessierter Berufsstände versuchen würden, in der Diskussion einen Einfluss zu gewinnen.

4 Ausblick

In der langen Geschichte der Juristenausbildung in Deutschland hat es immer wieder auch radikale Entwürfe gegeben. Eine solche radikale Umgestaltung steht der Juristenausbildung in Deutschland bevor, wenn die für alle Juristen geltenden Staatsexamina und die Referendarzeit abgeschafft würden. Allerdings hat die deutsche Juristenausbildung mehr als einmal solche radikalen Vorschläge ohne größere praktische Änderungen überstanden. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass dieses Mal die Entschlossenheit der unterschiedlichen Akteure größer erscheint und insbesondere die Finanzlage bei politischen Entscheidungen eine größere Rolle spielt als vielleicht noch vor 10 Jahren. Würden die Vorschläge allerdings in die Praxis umgesetzt, dann hätte dieses weit reichende Konsequenzen. Das in seiner Form einzigartige und durchaus strenge System der Ausbildung zu einem Einheitsjuristen hat zu einem hohen und einheitlichen Qualitätsniveau wesentlich beigetragen. Die Orientierung am Modell des Einheitsjuristen hat eine frühe Spezialisierung auf einzelne Berufe oder Rechtsgebiete verhindert und die Studierenden und Referendare gezwungen, sich einen Blick auf das Ganze und damit auf die gesamte Rechtsordnung und die mit ihr zusammenhängenden Berufe und Staatsfunktionen zu bewahren. Dieser Ausrichtung entsprach die deutsche Juristenausbildung im Interesse daran, alle juristischen Berufe auf die Pflege des Rechts und der Rechtsordnung als staatliche Aufgabe hin auszurichten. Eine Reform, die sich alleine der Versorgung der einschlägigen Dienstleistungsmärkte verschreibt, verkennt die besondere Bedeutung und das hohe Gut, auf das hin sich die bisherige Juristenausbildung orientiert hat.

[30] Ob allerdings eine starke zahlenmäßige Beschränkung der Zahl der durch die Anwaltschaft auszubildenden zu Prüfenden und am Ende für die Berufstätigkeit zuzulassenden jungen Juristen mit dem Grundrecht auf freie Berufsfreiheit aus § 12 des Grundgesetzes vereinbar ist, ist eher kritisch zu beurteilen.

Verzeichnis der Herausgeber und Autoren

Ahrens, Martin, Prof. Dr., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Anwaltsrecht und Zivilprozessrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Ambos, Kai, Richter am LG Prof. Dr., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Bruns, Alexander, Prof. Dr. LL.M., Institut für Wirtschaftsrecht, Abteilung für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Versicherungsrecht und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Duttge, Gunnar, Prof. Dr., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Goto, Motonobu, Prof., Faculty of Policy Studies, Department of Policy Studies, Kansai University, 3-3-35 Yamate-cho, Suita-shi, Osaka 564-8680 Japan

Heun, Werner, Prof. Dr., Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Jehle, Jörg-Martin, Prof. Dr., Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für Kriminologie, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Kitagawa, Toshimitsu, Prof., School of Law, Kansai University, 3-3-35 Yamate-cho, Suita-shi, Osaka 564-8680 Japan

Koshiyama, Kazuhiro, Prof., School of Law, Kansai University, 3-3-35 Yamate-cho, Suita-shi, Osaka 564-8680 Japan

Kuzuhara, Rikizo, Prof., School of Law, Kansai University, 3-3-35 Yamate-cho, Suita-shi, Osaka 564-8680 Japan

Lipp, Volker, Prof. Dr., Institut für Privat- und Prozessrecht, Abteilung für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Mann, Thomas, Prof. Dr., Lehrstuhl für Öffentliches Recht insbesondere Verwaltungsrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Münch, Joachim, Prof. Dr., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Noro, Mitsuru, Prof., School of Law, Kansai University, 3-3-35 Yamate-cho, Suita-shi, Osaka 564-8680 Japan

Spindler, Gerald, Prof. Dr., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Multimedia- und Telekommunikationsrecht und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Stoll, Peter-Tobias, Prof. Dr., Institut für Völkerrecht und Europarecht, Abteilung für internationales Wirtschaftsrecht und Umweltrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Wendehorst, Christiane, Prof. Dr. LL.M., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Yamanaka, Keiichi, Prof., School of Law, Kansai University, 3-3-35 Yamate-cho, Suita-shi, Osaka 564-8680 Japan

Yamanaka, Yuri, Doktorandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Kriminologie, Jugendrecht und Strafvollzug, Juristische Fakultät, Ludwig-Maximilians-Universität München, Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München.

Anknüpfend an eine lange Tradition deutsch-japanischen Austausches im Recht werden exemplarisch in fünf Abteilungen Rezeptions- und Reformprozesse untersucht: im Zivilrecht, Zivilprozessrecht und Wirtschaftsrecht; im Staats- und Verwaltungsrecht sowie im Strafrecht. Darüber hinaus wird die reformierte Juristenausbildung an japanischen und deutschen Universitäten behandelt.

Grundlage des Bandes bildet das Zweite Rechtswissenschaftliche Symposion Göttingen - Kansai zu „Rezeption und Reform im deutschen und japanischen Recht“, das im September 2006 unter maßgeblicher Beteiligung von rechtswissenschaftlichen Kollegen der Kansai-Universität Osaka und der Georg-August-Universität Göttingen abgehalten wurde.
Ihm war ein Erstes Symposion unter dem Titel „Neue Herausforderungen für Recht und Rechtswissenschaft“ in Osaka vorausgegangen.

Band 2 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



ISBN: 978-3-938616-81-9
ISSN: 1864-2128

Universitätsverlag Göttingen